



Forsvarets høgskole

våren 2011

Masteroppgave

Krigere uten rettigheter?

*Enkeltpersoners rettslige status i
ikke-internasjonale væpnede konflikter*

Major Eirik Guldvog

Abstract

One of the cardinal principles in International Humanitarian Law (or Law of Armed Conflict) is the distinction between combatants and civilians. This principle states that in international armed conflicts some persons are combatants, with the right to participate in hostilities as well as being liable for attack, whereas others are civilians and shall be protected against the effects of military operations.

In non-international armed conflicts there is no legal combatant status for persons engaged in hostilities. In fact, all states have laws that make armed opposition against the Government a serious criminal offense. This paper explores the question of individual legal status of direct participants in non-international armed conflicts based on International Humanitarian Law as it is, not as it ought to be.

Even without formal legal status, direct participants in non-international armed conflicts have certain legal rights. International treaties provide minimum rights that secure human treatment and indispensable judicial guarantees for all participants. And more important is the development of international customary law to govern internal strife. Non-international armed conflicts are no longer the lawless area that they used to be. But individual legal status is, and will continue to be, a disputed area of International Humanitarian Law as it challenges state sovereignty.

Summary

One of the cardinal principles in International Humanitarian Law (or Law of Armed Conflict) is the distinction between combatants and civilians. This principle states that in armed conflict some persons are combatants and liable for attack, others are civilians and shall be protected against the effects of military operations. Combatants have the right to participate in hostilities, but are consequently also a lawful target for the enemy to attack. Combatants are on the other hand immune from prosecution and punishment for their lawful acts of war, acts that in other circumstances would be murder or unlawful damage.

International Humanitarian Law is established as a framework for how to legally conduct military operations between supreme states. Because of that, its principles are based on reciprocity and equality between the opposing forces. However, most conflicts today are non-international armed conflicts between a state and various opposing armed forces. In such conflicts there is no legal combatant status for persons engaged in hostilities. In fact, all states have laws that make armed opposition against the Government a serious criminal offense.

This paper explores the question of individual legal status of direct participants in non-international armed conflicts based on treaty law, international customary law and other legal sources. Individual legal status is examined through three separate questions:

- Who have the right to participate in hostilities in non-international armed conflicts?
- Who are legitimate targets in such conflicts?
- What are the legal rights of direct participants when taken in custody by the enemy?

Without clear definitions and international treaties, the question of individual legal status in non-international armed conflicts seems unclear, both among states and international lawyers. To what extent can, and will, International Humanitarian Law cover these internal conflicts in order to protect individuals; or are individuals engaged in such hostilities, both state actors and rebels, actually warriors without rights?

The question of individual legal status is first examined through a study of existing treaty law, especially the Geneva Conventions and the two Additional Protocols. Second, customary law is examined based on state practice and the ICRC Customary International Humanitarian Law study. In lack of treaty law on the subject, customary law plays an important role regarding individual legal status in non-international armed conflicts. Third, I examine the question through judicial teachings by qualified publicists on the subject. Key documents are the San

Remo Manual on the Law of Non-International Armed Conflict and the ICRC Direct Participation in Hostilities study. Last, the US treatment of prisoners in the war against terror is examined as an example of the difficulties you face when dealing with this issue.

The paper focuses on International Humanitarian Law as it is, not as it ought to be. It still exists a huge legal difference between state soldiers and members of armed insurgent groups. The first group has de facto combatant privileges, and the other group is criminals. But even without formal legal combatant status, direct participants in non-international armed conflicts have certain rights:

- International treaties provide minimum rights that secure human treatment and indispensable judicial guarantees for all participants.
- International customary law has developed to govern internal strife. Non-international armed conflicts are no longer the lawless area that they used to be.
- Individual legal status is, and will continue to be, a disputed area of international humanitarian law as it challenges state sovereignty.

Forord

Når jeg nå er i ferd med å avslutte to års studier ved Forsvarets Høyskole er det med glede og forventning til videre tjeneste, men også med et visst vemod etter en interessant og givende studietid. Vi er privilegert som får denne muligheten til videreutdanning midt i karrieren.

Utgangspunktet for denne oppgaven har vært økt interesse for krigens folkerett og vurderinger rundt etiske og moralske spørsmål knyttet til offisersgjerningen gjennom studiet. Som militære offiserer utøver vi et ekstremt yrke vi skal være stolte av, men som også medfører et stort ansvar overfor våre soldater og samfunnet rundt oss. Dette ser vi både i debatten rundt våre internasjonale operasjoner og nå sist gjennom et økt fokus på veteransaken. Som yrkesoffiserer møter vi disse spørsmålene også i en praktisk kontekst gjennom tjeneste i internasjonale operasjoner. Her blir vår etikk og holdninger utfordret av motstandere med et helt annet verdsett enn vårt eget. Kunnskapen om og vurderinger rundt krigens folkerett må derfor ha en helt sentral plass i vår yrkeskodeks.

Jeg vil samtidig rette en stor takk til mine medstudenter Stein Høye og Tomas Beck som tok dette delstudiet sammen med meg. Våre diskusjoner og gode samarbeid gjorde faget og oppgaveskrivingen givende. En stor takk også til Sigrid Redse Johansen for god veiledning og konstruktive faglige diskusjoner gjennom dette semesteret.

Jeg vil også rette en stor takk til familien som har støttet meg i arbeidet. Tankene mine har nok ofte vært helt andre steder enn hos dere, til tross for min fysiske tilstedeværelse denne våren. Takk for at dere holdt humøret oppe og gav meg den tiden jeg trengte.

Moss 22. mai 2011

Eirik Guldvog

Innholdsfortegnelse

ABSTRACT	3
SUMMARY	4
FORORD.....	6
INNHALDSFORTEGNELSE.....	7
1 INNLEDNING.....	9
1.1 DE NYE KRIGENE	9
1.2 PROBLEMSTILLING.....	10
1.3 DISTINKSJONSPRINSIPPET	10
1.4 AVGRENSNINGER.....	13
1.5 FORMÅL MED OPPGAVEN	14
1.6 METODE OG KILDER.....	14
1.7 RETTSLIG PLASSERING.....	18
1.7.1 Anvendelsesområdet for IHR	18
1.7.2 Forholdet nasjonal rett/ IHR.....	19
1.8 STRUKTUR	20
2 SENTRALE BEGREPER.....	21
2.1 STATUS	21
2.2 STRIDENDE	22
2.2.1 Stridende som begrep.....	22
2.2.2 Rettigheter og plikter	24
2.3 SIVIL.....	27
2.3.1 Sivil som begrep.....	27
2.3.2 Rettigheter og plikter	27
3 ENKELTPERSONERS STATUS I TRAKTATRETEN FOR IIVK	30
3.1 GENERELLE PRINSIPPER FOR IIVK.....	30
3.2 GENEVEKONVENSJONENES FELLESARTIKKEL 3	31
3.3 TILLEGGSPROTOKOLL I.....	33
3.4 TILLEGGSPROTOKOLL II	35
3.5 ANDRE KONVENSJONER.....	36
3.6 DELKONKLUSJON.....	37
4 ENKELTPERSONERS STATUS BASERT PÅ SEDVANERETT FOR IIVK.....	39
4.1 SEDVANERETT OG STATUS	39
4.2 FN-STYRKERS STATUS	42
4.3 ER STATENS SOLDATER LOVLIGE MÅL?	45
4.4 RETTIGHETER VED TILFANGETAKELSE.....	50
4.5 DELKONKLUSJON.....	52

5 ENKELTPERSONERS STATUS I JURIDISK LITTERATUR	54
5.1 THE MANUAL ON THE LAW OF NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICT	54
5.2 ICRC OG DIRECT PARTICIPATION IN HOSTILITIES	58
6 ENKELTPERSONERS STATUS I PRAKSIS	65
6.1 USA OG UNLAWFUL COMBATANTS.....	65
6.1.1 Klassifisering av angrepene 11. september	66
6.1.2 Personers rettslige status.....	68
6.1.3 Rettigheter og plikter	69
6.2 DELKONKLUSJON	73
7 KONKLUSJONER OG ANBEFALINGER	75
BIBLIOGRAFI.....	78

1 Innledning

1.1 De nye krigene

Krig har blitt utkjempet på høyst ulike måter gjennom historien. Krig er således et samlebegrep for vidt forskjellige former for voldsbruk, men defineres ofte som "[...] voldelig konflikt mellom kollektive aktører, ofte mellom stater og gjerne utkjempet for politiske mål."¹ Normative eller politiske interesser kan imidlertid påvirke begrepsbruken. De siste par hundre år har krig primært blitt utkjempet mellom stater og organiserte armeer. Det er i denne kontekst mye av internasjonal humanitærrett (IHR)² har blitt etablert, selv om statskrigene ikke kan sies å være spesielt beskrivende for fenomenet krig historisk sett. Rettsområdet IHR omfatter alle bestemmelser i folkeretten som er ment å regulere behandlingen av individer, både militære og sivile, sårede og aktive deltagere i væpnede konflikter. Rettsområdet omfatter også bestemmelser om hvilke metoder og virkemidler som er tillat brukt i krigshandlinger og bestemmelser rundt okkupasjon.³

I dag har bildet av krig som en voldelig konflikt mellom organiserte massearmeer endret seg. De fleste krigene er i stedet interne konflikter der en stat står overfor ulike opprørsgrupper som tar i bruk asymmetriske metoder for å kompensere for manglende konvensjonell militær slagkraft og teknologi.⁴ Mange beskriver disse konfliktene som de nye krigene og kjennetegnes gjerne ved at de utkjempes av løst organiserte grupper uten statlig forankring, desentraliserte trefninger uten frontlinjer og ordinære slag og ikke minst en uklar grense mellom krigshandlinger, kriminalitet og terror. Miner, skjulte improviserte eksplosiver og enkle håndvåpen er våpnene som benyttes. I denne typen konflikt kan en ikke tvinge motstanderne til overgivelse ved å drepe et tilstrekkelig stort antall av hans soldater eller ødelegge hans militære materiell slik IHR har hatt som utgangspunkt siden midten av attenhundretallet og frem til i dag. Ofte er det uklart hvem motstanderen er og legitime militære mål er få og vanskelig å lokalisere. Dette utnyttes samtidig av opprørsgrupper som ikke føler seg bundet av IHR, men i stedet aktivt utfordrer dets gyldighetsområde og de operative begrensninger som legges på statlige væpnede styrker.

I denne kompliserte situasjonen skal IHR fungere som en rettesnor både for å ivareta humanitære hensyn, men også for å ivareta det diametralt motsatte kravet om militær nødvendighet. Krig

¹ Østerud. *Hva er krig* (2009), s. 11

² Jeg vil benytte IHR som begrep gjennom oppgaven da dette er den norske oversettelsen av det engelske begrepet International Humanitarian Law som i dag benyttes som samlebegrep for Haag- og Genevekonvensjonene (se Dinstein (2010) s. 19) og anerkjennes av International Court of Justice som fagbegrep. Begrepet dekker det vi til daglig vil kalle krigens folkerett på norsk og må ikke forveksles med Human Rights Law eller generell folkerett på norsk.

³ Fleck. *The handbook of international humanitarian law* (2008), s. 11

⁴ Så mange som 95% av dagens væpnede konflikter er ikke-internasjonale konflikter

eller væpnet konflikt handler i ytterste konsekvens om å vinne over motstanderen både i de gamle konvensjonelle statskrigene og i dagens nye asymmetriske konflikter.

1.2 Problemstilling

Hovedproblemstillingen for oppgaven er:

Hvilken rettslig status har enkeltpersoner som direkte deltar i fiendtligheter i ikke-internasjonale væpnede konflikter?

I forhold til enkeltpersoners rettslige status er det tre spørsmål som står helt sentralt. Disse vil være underproblemstillinger som vil følge analysen gjennom hele oppgaven:

- Hvorvidt en person har rett til å delta i fiendtligheter.
- Hvorvidt personen er et lovlig mål for motstanderen å angripe.
- Hvilke rettigheter personer har ved en eventuell tilfangetakelse.

Oppgaven vil omfatte både hvilken status opprørere har, og hvilken status medlemmer av organiserte statlige væpnede styrker har i slike konflikter. Ulike aktører i en ikke-internasjonal væpnet konflikt vil etter dagens regelverk ha ulike rettigheter og plikter, og det er derfor nødvendig å belyse og drøfte utfordringene rundt status fra begge sider av konflikten. I forhold til de statlige aktører vil jeg også se på den spesielle status FN-soldater har. FN er interessant fordi de ofte er involvert i dagens konflikter, enten med egne styrker eller som legitimerende institusjon gjennom mandat om væpnet maktbruk fra Sikkerhetsrådet.

1.3 Distinksjonsprinsippet

Et av grunnprinsippene i IHR er distinksjonsprinsippet som skiller stridende fra sivile. Prinsippet ble først nedfelt i St. Petersburg deklarasjonen som i 1868 fastsatte "[...] that the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy."⁵ I dag defineres prinsippet i Genevekonvensjonenes første tilleggsprotokoll, og anses som internasjonal sedvanerett:

In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian

⁵ St. Petersburg declaration renouncing the use, in time of war, of explosive projectiles under 400 grammes weight

population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives.⁶

Den internasjonale domstolen i Haag (International Court of Justice (ICJ)) har også klassifisert distinksjonsprinsippet som det første av de to grunnleggende prinsipper som gjennomsyrrer hele regelverket for væpnet konflikt. ICJ anser derfor at brudd på distinksjonsprinsippet, sammen med prinsippet om at det er ulovlig å påføre en stridende motstander unødige lidelse, ikke under noen omstendighet kan fravikes i henhold til internasjonal sedvanerett.⁷

The cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law are the following. The first is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants.⁸

Distinksjonsprinsippet definerer at i en væpnet konflikt så er noen personer stridende og kan utsettes for angrep, mens andre er sivile og skal beskyttes mot følgene av krigshandlinger. Samtidig gir prinsippet personer med stridende status en rett til å delta i fiendtlighetene,⁹ noe som gir dem immunitet mot straffeforfølgelse for lovlige krigshandlinger.

Distinksjonsprinsippet får samtidig innvirkning på hvilken såkalt sekundærstatus personer vil få dersom de tas i forvaring av motstanderen. Stridende får status som krigsfanger med særlige rettigheter, mens de uten stridende status ikke vil få de samme privilegiene. Det betyr imidlertid ikke at de er helt uten rettigheter noe jeg kommer tilbake til i oppgaven.

Dagens regelverk bygger primært på Haagkonvensjonene av 1907¹⁰ og Genevekonvensjonene I-IV av 1949¹¹ med tilleggsprotokoll I og II av 1977 (TP I og TP II).¹² Foruten TP II gjelder

⁶ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977, art. 48

⁷ International Court of Justice (ICJ): Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 8. July 1996, para. 79

⁸ Ibid. para. 78

⁹ Den norske oversettelsen av Genèvekonvensjonene benytter ordet fiendtligheter. I denne oppgaven velger jeg imidlertid også å benytte både ordet stridigheter og stridshandlinger i den samme betydningen der jeg synes disse ordene passer bedre. Stridshandlinger vil etter min mening for eksempel dekke voldelige handlinger i selvforsvar og voldsbruk mot grupper man nødvendigvis ikke anser som fiender bedre enn fiendtligheter.

¹⁰ Convention respecting the laws and customs of war on land - October 18, 1907

¹¹ Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field - August 12, 1949; Geneva convention for the amelioration of the condition of wounded, sick and shipwrecked members of armed forces at sea - August 12, 1949; Geneva convention relative to the treatment of prisoners of war - August 12, 1949; Geneva convention relative to the protection of civilian persons in time of war - August 12, 1949

¹² Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977; Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977

konvensjonene i internasjonale væpnede konflikter der soldater fra ulike stater står overfor hverandre som stridende og sivile normalt ikke deltar direkte i stridshandlingene. I en ikke-internasjonal væpnet konflikt, der en stat står overfor ulike opprørsgrupper eller andre ikke-statlige aktører, blir distinksjonsprinsippet straks vanskeligere å forholde seg til. Her er partene ofte små desentraliserte væpnede grupper som ikke bærer uniform som skiller dem fra sivilbefolkningen. I de fleste tilfeller anerkjennes heller ikke den andre part til konflikten som legitim av motstanderen, enten det er myndighetene som ikke anerkjenner opprørsgrupper eller det er opprørere som ikke anerkjenner myndighetenes styre. I mange tilfeller anerkjennes heller ikke minst en av partene av det internasjonale samfunn. Det kan derfor bli uklart, og ikke minst høyst kontroversielt, hvem som skal klassifiseres som sivil og hvem som er stridende. Selv om prinsippet i seg selv både er gyldig og absolutt nødvendig i ikke-internasjonale væpnede konflikter, blir det utsatt for høyst ulik tolkning, debatt og praksis blant både jurister og stater.

Utfordringen bygger primært på det faktum at verken primærstatus som stridende, eller sekundærstatus som krigsfange, finnes i ikke-internasjonale væpnede konflikter fordi stater nekter å gi opprørere immunitet mot nasjonal straffeforfølgelse. Å anse opprørere i væpnet konflikt med styresmaktene for annet enn kriminelle som kan straffes for sine handlinger anses i strid med suverenitetsprinsippet der staten har maktmonopol på eget territorium.¹³ Manglende definisjoner vanskeliggjør dermed enhver diskusjon rundt beskyttelse og rettigheter basert på enkeltindividers status.

Debatten rundt dette spørsmålet er aktualisert gjennom et stadig økende antall ikke-internasjonale, men allikevel internasjonaliserte konflikter. Her møter ulike stater med forskjellig utgangspunkt opprørere ingen anser som lovlige motstandere. I tillegg har USAs internering av personer de ikke anser som krigsfanger på Guantanamo og bruk av begreper som *unlawful combatants* (ulovlig stridende) gitt grobunn for diskusjonen rundt hvilke rettigheter deltagere i ikke-internasjonale væpnede konflikter har.

I Norge har debatten de siste årene resultert i flere diskusjoner mellom politikere, jurister og legfolk. Spørsmålene har kretset rundt hvorvidt Norge er i krig i Afghanistan og om norske soldater er lovlige mål for opprørerne i landet. Høsten 2010 har også spørsmålet om hvorvidt

¹³ Charter of the United Nations - June 26, 1945, art. 2(1)

Norge har en forpliktelse overfor fanger som er tatt i forvaring av afghanske myndigheter i operasjoner der norske soldater har deltatt fått ny fokus.¹⁴

1.4 Avgrensninger

Oppgaven omfatter enkeltpersoners rettigheter og plikter under IHR. Menneskerettigheter omfattes ikke av dette selv om disse har fått økt innflytelse også under væpnede konflikter de senere år. IHR trekker et skarpt skille mellom bestemmelser for når en stat har lov til å benytte væpnet makt og reglene for maktbruk etter at en konflikt først er oppstått. Førstnevnte betegnes *jus ad bellum*, mens reglene for bruk av makt i konflikt betegnes *jus in bello*. Oppgaven vil kun vurdere spørsmål knyttet til status i en ikke-internasjonalt væpnet konflikt, *jus in bello*.

Problemstillingen omfatter heller ikke begrensede interne uroligheter i en stat, der voldsbruken er under terskelen for hva som kan karakteriseres som væpnet konflikt, slik dette er definert i TP II.¹⁵ Dette vil være underlagt nasjonal myndighetsutøvelse, *law enforcement*, og omfattes ikke av IHR.

Grensene for når en kan anse at sivile direkte deltar i fiendtligheter er ikke definert. Temaet debatteres for tiden sterkt mellom ulike organisasjoner og fagpersoner internasjonalt og frontene kan synes steile på enkelte punkter. I denne oppgaven vil jeg ikke vurdere når eller hvorvidt enkeltpersoner er direkte deltagende i fiendtligheter eller innehar en såkalt *continuous combat function*. Oppgavens problemstilling forutsetter i utgangspunktet at de deltar. Unntaket i forhold til direkte deltagelse i fiendtligheter er spørsmålet om medlemskap i en væpnet gruppe ettersom dette poenget blir viktig i forhold til enkeltpersoners status i en ikke-internasjonalt væpnet konflikt. Oppgaven vil heller ikke vurdere hvorvidt parter til en konflikt faktisk behandler eller følger opp personer i henhold til IHR, kun hva de etter loven er forpliktet til å gjøre.

De senere års utvikling har medført et større og større antall private kontraktører i ulike støttefunksjoner for vestlige styrker. Å behandle spørsmålet om deres status i detalj vil imidlertid bli for omfattende for oppgaven selv om problemstillingen vil bli nevnt der det er naturlig.

¹⁴ Se Statssekretær i FD Roger Ingebretsens tilsvarende til Røde Kors: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fd/aktuelt/nyheter/2010/norske-styrker-folger-opp-fanger.html?id=622322>, sist besøkt 25. mars 2011

¹⁵ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977, art. 1(2)

1.5 Formål med oppgaven

Oppgaven er skrevet med tanke på de internasjonale operasjonene norske soldater og offiserer er en del av, enten som del av en koalisjon eller som FN-styrke. Dagens situasjon skiller seg klart fra den kalde krigens tid der fienden var kjent og der norske militære enheter om nødvendig skulle kjempe en forsvarskrig mot en organisert konvensjonell motstander. Krigen ville da primært foregå på norsk territorium og det ville ikke være tvil om hvem som var fienden eller hva som var militære mål.

Dagens konfliktbilde utfordrer norske soldater og offiserer på en helt ny måte i forhold til IHR. De nye krigene gjør det langt vanskeligere å identifisere hvem som er legitime mål, og sammen med et økt fokus på beskyttelse av sivile og motstandernes rettigheter har dette aktualisert behovet for kompetanse om IHR under militære operasjoner. For å kunne etterleve IHR er det selvfølgelig helt essensielt med kunnskap om reglene i seg selv. Ikke minst gjelder det for Forsvarets eget personell i en væpnet konflikt. Oppgaven har derfor som formål å øke kunnskapen om, og forståelsen for, en uklar del av regelverket for ikke-internasjonale væpnede konflikter og hvilke utfordringer det vil kunne ha for måten vi utfører militære operasjoner på.

1.6 Metode og kilder

Oppgaven vil baseres på juridisk metode. Dette betegnes ofte som rettskildelære.¹⁶ Målet for rettskildelæren er å svare på hva en regel går ut på (tolkningen) og hvordan regelen skal anvendes i det konkrete tilfellet (subsumsjonen).¹⁷

Alle land har sin egen rettskildelære som angir hvordan rettskilder skal benyttes basert på ulik rettslig tradisjon. I nasjonal rett er rettssubjektene primært individer, bundet av et regelhierarki utarbeidet av en kompetent lovgiver enten de er enig i loven eller ikke.¹⁸ I folkeretten er rettssubjektene primært stater. De er suverene og velger derfor i utgangspunktet selv om de vil være bundet av internasjonale traktater eller ikke gjennom å ratifisere dem. Unntaket er dersom bestemmelsene er å betrakte som internasjonal sedvane som normalt vil være bindende for alle stater uavhengig av deres samtykke.¹⁹

¹⁶ Eckhoff. *Rettskildelære* (1997), s. 18

¹⁷ Boe. *Innføring i juss - juridisk tenkning og rettskildelære* (1996), s. 139

¹⁸ I Norge har vi for eksempel maktfordelingsprinsippet der Stortinget som lovgivende myndighet utsteder lover som gjelder for alle statens innbyggere. Så er det opp til domstolene som dømmende makt å tolke og anvende disse lovenes innhold. Se Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814, § 49, 75-79

¹⁹ Nystuen. *Achieving peace or protecting human rights?* (2005), s. 21-22

Oppgaven omhandler deler av folkeretten og benytter derfor de rettskilder som er nedfelt i statuttene til ICJ.²⁰ Denne listen er allment akseptert som rettskildene i internasjonal folkerett.²¹

- (a) International conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States;
- (b) International custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- (c) The general principles of law recognized by civilized nations;
- (d) [...] judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

Rekkefølgen angir ikke nødvendigvis kildenes vekt. Skrevne internasjonale traktater og konvensjoner anses likevel som utgangspunktet fremfor sedvane der de kommer til anvendelse selv om formuleringene i dem ofte er vage og kan tolkes på ulike måter.²²

For denne oppgaven er Genevekonvensjonene (GK I-IV) med sine to tilleggsprotokoller sentrale konvensjoner. Spesielt gjelder dette den likelydende artikkel tre i alle de fire Genevekonvensjonene av 1949, og som derfor omtales som fellesartikkel 3, og TP II ettersom disse omhandler ikke-internasjonale væpnede konflikter. Oppgaven tar utgangspunkt i lovverket de lege lata (slik loven er). I de få tilfeller der jeg drøfter rettsspørsmål de lege ferenda (slik loven burde være) vil jeg gjøre leseren spesielt oppmerksom på dette.

Når internasjonale traktater og konvensjoner tolkes er det Wienkonvensjonen²³ som danner fundamentet for hvordan dette gjøres innen folkeretten.²⁴ Regelen om at "a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose."²⁵ legges derfor til grunn i oppgaven. Når det gjelder språk tar jeg utgangspunkt i de engelske traktattekstene selv der det foreligger norske oversettelser ettersom den norske oversettelsen ikke kan anses som autentisk.²⁶

²⁰ Statute of the International Court of Justice - June 26, 1945, art. 38(1)

²¹ Malanczuk. *Akehurst's modern introduction to international law* (1997), s. 36

²² I oppgaven er traktater og konvensjoner primært hentet fra: Buflod et al. *Folkerettslig tekstsamling 1883-2007* (2008)

²³ Vienna convention on the law of treaties - May 23, 1969

²⁴ Norge har, sammen med flere andre land, ikke sluttet seg til denne konvensjonen da den kan være i strid med Grunnlovens paragraf 26 som sier at Stortinget må godkjenne alle avtaler Norge skriver under på. Den anses allikevel som et viktig verktøy for internasjonale avtaler fordi dens viktigste bestemmelser bekrefter eksisterende oppfatninger om hva folkeretten skal inneholde og hvordan den skal tolkes.

²⁵ Vienna convention on the law of treaties - May 23, 1969, art. 31, 32

²⁶ Ibid. art. 33(2)

Enkeltpersoners status ikke-internasjonale væpnede konflikter er ikke spesifikt regulert i konvensjoner og traktater. Det vil derfor være helt nødvendig å fokusere sterkt på internasjonal sedvane på området. Sedvanerett er generelt viktig i IHR ettersom ingen traktat dekker det hele og fulle omfanget av regelverket. Stater velger selv hvilke traktater de vil ratifisere, og på den måten kan ulike nasjoner være bundet av ulike regler. Internasjonal sedvanerett gjør imidlertid at de mest sentrale prinsippene må følges uansett om man er part eller ikke til den enkelte traktat,²⁷ så lenge staten ikke eksplisitt og varig har uttrykt et annet syn (persistent objector).

Statuttene til ICJ beskriver internasjonal sedvane som "[...] a general practice accepted as law."²⁸ Etablering av sedvane bygger på to forhold, statspraksis (*usus*) og en oppfatning om at slik praksis er nødvendig basert på gjeldende rett (*opinio iuris*).²⁹ Dette inkluderer staters uttrykte standpunkt fra offisielle myndigheter gjennom nasjonale lover, manualer, forhandlingsposisjoner, diplomatiske noter etc.³⁰ Ulike staters praksis og oppfatning må samtidig sees på som tilnærmet lik, omfattende og representativ før man kan snakke om etablert sedvanerett. I tillegg bør praksisen ha bestått over en viss tid uten at et eksakt tidskrav finnes. Dette betyr imidlertid ikke at det kreves universell enighet før man kan ha internasjonal sedvanerett, men heller en allmenn oppfatning om hva som gjelder. Det er samtidig viktigere at land som er spesielt berørt av bestemmelsene er enige, enn at nødvendigvis et stort antall stater er det.³¹ For IHR vil dermed oppfatninger og praksis fra stater som ofte deltar i væpnede konflikter veie tyngre enn andres. I praksis betyr det at en vanskelig kan se for seg bestemmelser innen IHR som vil anses som sedvane dersom ikke store aktører som USA, Kina og Russland aksepterer dette, selv om prinsippene for sedvanerett medfører at små staters mening også faktisk teller.

Mange av bestemmelsene i IHR krever at partene skal avstå fra visse handlinger. Et utfordrende forhold er da fravær av statspraksis, og hvorvidt bestemmelser som er etablert og traktatfestet for en IVK også gjelder i en IIVK i form av sedvane. I så fall må man kunne bevise at fravær av statspraksis er basert på legitime forventninger og ikke på tilfeldigheter. Internasjonale domstoler har her sagt at en bestemmelse er å betrakte som internasjonal sedvane når bestemmelsen er til

²⁷ Se TP I art. 1(2)

²⁸ Statute of the International Court of Justice - June 26, 1945, art. 38(1)(b)

²⁹ ICRC. *Customary International Humanitarian Law - Volume I - Rules* (2005), s. xxxviii

³⁰ Ibid. s. xl

³¹ Ibid. s. xlv

fordel for internasjonal fred og sikkerhet eller beskyttelse av personer og det ikke eksisterer viktige motforestillinger i form av *opinio iuris*.³²

Når det gjelder sedvane blir Den internasjonale røde kors komiteens (ICRC) sedvanerettsstudie³³ et sentralt dokument for oppgaven. Studien er ingen fasit over hva som anses som sedvanerett, men en bedre oversikt finnes ikke, og denne benyttes derfor som sentral juridisk litteratur på feltet.

I tillegg til sedvanerettsstudien vil enkelte rettsavgjørelser både i nasjonale og internasjonale domstoler som omhandler problemstillingen benyttes selv om disse nødvendigvis ikke aksepteres som internasjonal sedvane, da rettspraksis i folkeretten kun er en sekundærkilde. Nasjonale rettsavgjørelser gir likevel uttrykk for statspraksis, mens rettsavgjørelser i internasjonale domstoler kan si noe om deres tolkninger og vurderinger som fagpersoner rundt problemstillingen.³⁴ Dermed påvirker de begge hvilken retning utviklingen av internasjonal sedvanerett skal ta fremover. Sentrale kilder for oppgaven blir her høyesterettsdommer fra USA vedrørende deres *war on terror* og internering av fanger på Guantanamo.³⁵ Siden antallet rettsavgjørelser knyttet til problemstillingen er få, og begrenset til et lite antall saker og stater, blir imidlertid publikasjoner fra anerkjente fagfolk innen IHR viktigere. Det er her drøftingen rundt enkeltpersoners rettslig status i stor grad har foregått. Det finnes i liten grad norske publikasjoner på feltet selv om problemstillingen er gjenstand for større og større diskusjon også nasjonalt.

Når rettskildene vurderes kan man i enkelte situasjoner få motstridende konklusjoner dersom man anvender et sett med rettskilder i forhold til et annet. Hvis dette er tilfellet gjelder prinsippet *lex posterior derogat priori* (ny lov går foran tidligere lov) og *lex specialis derogat legi generali* (en spesifikk lov går foran en generell lov).³⁶ Det betyr imidlertid ikke at eldre konvensjoner trer ut av kraft dersom nye omhandler samme tema. Det er kun dersom det oppstår konflikt mellom rettskildene, og konsekvensen av anvendelsen av dem blir ulik, at prinsippene kommer til anvendelse.

³² Ibid. s. xlviii

³³ ICRC. *Study on customary international humanitarian law* (2005)

³⁴ Iht Statute of the International Court of Justice - June 26, 1945, art. 38(1)(d)

³⁵ Se f.eks. Supreme Court of the United States: No. 05-184, *Hamdan v. Rumsfeld*, Secretary of Defense, et. al.

³⁶ Malanczuk (1997) s. 56

1.7 Rettslig plassering

1.7.1 Anvendelsesområdet for IHR

Vi har de senere årene, i forhold til konfliktene på Balkan, i Afghanistan og nå sist med angrepene på Libya, sett en diskusjon om hvorvidt Norge deltar i krig.³⁷ Hva man mener om dette spørsmålet påvirker selvfølgelig samtidig synet på hvilke lover som gjelder. Tidligere var det et klart skille mellom krig og fred. Enten var det fredstilstand der normale rettsregler gjaldt, eller så erklærte stater krig. Da gjaldt i stedet krigens regler mellom de krigførende parter og regler om nøytralitet i forhold til stater som ikke deltok i krigshandlingene. I dag har vi en situasjon der stater ikke lenger formelt erklærer å være i krig av ulike årsaker. IHR benytter derfor i stedet formuleringen væpnet konflikt. Det er således en objektiv vurdering av den faktiske situasjonen på bakken som avgjør hvorvidt IHR kommer til anvendelse. Ofte benyttes Den internasjonale krigsforbryterdomstolen for det tidligere Jugoslavia (ICTY) sin definisjon om at "an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State."³⁸

Er konflikten mellom to eller flere stater klassifiseres den som en internasjonal væpnet konflikt (IVK)³⁹, og hele IHR kommer til anvendelse.⁴⁰ Foregår konflikten mellom en stat og opprørsgrupper, eller mellom opprørsgrupper internt i en stat, klassifiseres den som en ikke-internasjonal væpnet konflikt (IIVK)⁴¹. Da gjelder kun Genevekonvensjonenes fellesartikkel 3 som en minstestandard, og i tillegg Genevekonvensjonenes tilleggsprotokoll II dersom opprørerne opererer under organisert ledelse og har territoriell kontroll nok til å kunne gjennomføre vedvarende militære operasjoner. Konflikten må imidlertid overgå det man normalt vil klassifisere som uroligheter, opptøyer eller begrensede voldsepisoder for å kunne klassifiseres som en IIVK.⁴² Det er innenfor denne rammen av en IIVK at oppgavens problemstilling skal behandles.

³⁷ Se blant annet utenriksminister Gahr Støre i Aftenposten 19. mars 2011. Tilgjengelig på <http://www.aftenposten.no/nyheter/uriks/article4066430.ece>, sist besøkt 25. mars 2011

³⁸ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of former Yugoslavia since 1991 (ICTY): Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule", Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction (Case No. IT-94-1), art. 70

³⁹ International armed conflict (IAC)

⁴⁰ Se GK fellesart. 2

⁴¹ Non-International armed conflict (NIAC)

⁴² Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977, art. 1

1.7.2 Forholdet nasjonal rett/ IHR

Alle stater er i utgangspunktet suverene og likeverdige.⁴³ Dette innebærer en suveren rett til å utarbeide og vedta lover på eget territorium, håndheve lovene ved hjelp av tvangsmakt og å dømme personer etter dem.

I forhold til personers status i en IIVK kan derfor ikke IHR pålegge stater å behandle medlemmer av opprørsgrupper og statens egne væpnede styrker likt. Der nasjonal lovgivning tillater den siste gruppen å benytte makt, er bruken av makt fra opprøreres side som regel å anse som en kriminell handling selv om den utøves i henhold til IHR.⁴⁴ Medlemmer av en opprørsgruppe kan således straffes etter nasjonal lov for å ha deltatt i stridigheter basert på det faktum at det ikke finnes noen stridende status i IIVK. De lege ferenda, så burde kanskje en minimumsstatus som belønnet opprørere som kjempet i henhold til IHR vurderes, men frem til nå er dette ikke en realitet. I dag finnes den eneste bestemmelsen som kan gi en viss fordel for opprørere som retter seg etter IHR i artikkel 6(5) i TP II som sier at myndighetene etter slutt på stridshandlingene skal "[...] endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict [...]".⁴⁵ Amnestiparagrafen oppfordrer samtidig til straffeansvar overfor de som har begått brudd på IHR for å muliggjøre fredsforhandlinger.⁴⁶ Eksemplene er mange på at forsoningsprosesser først blir reelle når et rettsoppgjør mot dem som har gjort seg skyldige i overgrep gjennomføres.

Stater er imidlertid bundet av internasjonal sedvanerett som inkluderer mange av de grunnleggende reglene for krigføring i IHR. Spørsmålet om rettslig status er imidlertid omstridt i forhold til sedvane. Det gjør det vanskelig i praksis å slå fast internasjonale regler for staters håndtering av egne opprørere utover grunnleggende menneskerettigheter, og det er nettopp i dette området oppgavens tema utspiller seg. Stater har også en forpliktelse til å straffeforfølge internasjonale forbrytelser som for eksempel grove krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten. Det er først når stater mangler evne eller vilje til å straffe personer som har gjort seg skyldig i slike forbrytelser at den internasjonale straffedomstolen (International Criminal Court (ICC)) kommer inn som det internasjonale samfunnets garantist for at slik

⁴³ Charter of the United Nations - June 26, 1945, art. 2(1)

⁴⁴ Sassòli. *Ius ad Bellum and Ius in Bello* I: International law and armed conflict: Exploring the faultlines (2007), s. 256

⁴⁵ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977, art. 6(5)

⁴⁶ Nystuen og Hellestveit. *Krig og folkerett* I: Klassekampen 22. juli 2010, s. 17

straffeforfølgelse kan gjennomføres.⁴⁷ Det siste eksempelet er den igangsatte etterforskningen av Libyas lederskap for forbrytelser mot menneskeheten.⁴⁸

1.8 Struktur

I oppgaven vil jeg først redegjøre for begrepene status, stridende og sivil innen IHR. Uten en klar definisjon og forståelse av disse begrepene vil det ikke være mulig å analysere oppgavens problemstilling.

Deretter vil jeg i kapittel 3 se på traktatretten som finnes om enkeltpersoners status i en IIVK, før jeg i kapittel 4 vurderer internasjonal sedvanerett på bakgrunn av statspraksis. Her ser jeg også på FN-styrkers status som en sentral del av moderne IIVK. For å svare på hvorvidt enkeltpersoner har rett til å delta i fiendtligheter og om de eventuelt er lovlige mål, velger jeg i dette kapittelet å fokusere analysen rundt debatten man i Norge har hatt om hvorvidt norske soldater er lovlige mål for opprørerne i Afghanistan. Diskusjonen gir et godt bilde av spenningen mellom prinsippene i IHR og statspraksis på området. Kapittelet vil også omfatte sedvanerettslige krav til opprørere i forhold til rettigheter som fanger.

I kapittel 5 vil jeg analysere juridisk litteratur på området gjennom San Remo manualen om ikke-internasjonale væpnede konflikter⁴⁹ og ICRCs *direct participation in hostilities* studie.⁵⁰

Til slutt velger jeg å bruke amerikanernes såkalte krig mot terror som et praktisk eksempel. Deres vurderinger og praksis overfor motstandere og fanger i denne ”krigen” viser godt hvilke utfordringer dagens regelverk har i forhold til spørsmålet om enkeltpersoners rettslige status

⁴⁷ ICC har kun jurisdiksjon ift. folkemord, forbrytelser mot menneskeheten, krigsforbrytelser og brudd på maktforbudet. Se Statute of the International Criminal Court - July 17, 1998, art. 5

⁴⁸ UN Security Council Resolution 1970 (2011)

⁴⁹ Schmitt et al. *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict* (2006)

⁵⁰ Melzer. *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law* (2009)

2 Sentrale begreper

2.1 Status

IHR deler enkeltpersoner inn i kategoriene stridende eller sivil på bakgrunn av deres funksjon og/eller tilknytning til de stridende parter. I motsetning til menneskerettighetene som gjelder alle, gis enkeltpersoner i IHR ulike rettigheter og plikter basert på deres funksjon. Dette skillet bestemmer det man kaller rettslig status for de to kategoriene. I en IVK gir de to kategoriene primærstatus til enkeltpersoner og har direkte betydning for den enkeltes rettigheter innen IHR både på slagmarken og i forhold til behandling i fangenskap og rettsforfølgelse. Primærstatus innebærer dermed at noen personer er stridende og har rett til å delta i fiendtligheter, men de er samtidig lovlige mål for motstanderen å angripe. Andre er sivile som skal beskyttes mot stridshandlingene så langt det er praktisk mulig og såfremt beskyttelsen ikke går utover det som må anses som absolutt militært nødvendig.

I en IIVK er ikke grenseoppgangene like klare. For det første finnes ikke den rettslige kategorien stridende i denne typen konflikter. Når da sivile samtidig er negativt definert av stridende i IHR blir spørsmålet rundt enkeltpersoners primærstatus uklar. Resultatet blir vage vurderinger rundt personers mer eller mindre direkte deltagelse i fiendtligheter, noe som igjen skaper uklare rettslige skiller mellom enkeltpersoner. Dette gjør det samtidig meget vanskelig å fastslå hvilke rettigheter og plikter den enkelte har. Jeg vil gå detaljert gjennom de enkelte kategoriene nedenfor.

Man snakker i IHR også om sekundærstatus som er direkte knyttet til den enkeltes primærstatus når det er et faktisk skille i omstendigheter. Når en med primærstatus som stridende blir fanget av motstanderen får han sekundærstatus som krigsfange.⁵¹ Dette innebærer spesielle rettigheter i forhold til behandling og immunitet mot straffeforfølgelse av lovlige krigshandlinger. Sivile vil til gjengjeld ikke få disse rettighetene. I en IIVK er det som nevnt ingen primærstatus som stridende og dermed heller ingen sekundærstatus som krigsfange. Hvilke rettigheter tilfangetatte deltagere har i denne typen konflikter er derfor uklart og omdiskutert.

De folkerettslige begrepene har sine utgangspunkt i regelverket for en IVK. Jeg vil derfor ta utgangspunkt i disse definisjonene selv om oppgaven omhandler IIVK ettersom begrepene er helt sentrale for forståelsen av rettslig status innen IHR.

⁵¹ Fleck (2008) s. 79

2.2 Stridende

2.2.1 Stridende som begrep

Klassifisering som stridende eller *combatant* oppfattes som helt sentralt i IHR. Dette gir personer både rett til å delta direkte i fiendtligheter og gir samtidig rettslig immunitet mot straffeforfølgelse av lovlige krigshandlinger. Som rettslig begrep er det imidlertid kun gyldig i IVK. Det brukes også i dagligtale om IIVK, men kategorien stridende som rettslig begrep eksisterer som nevnt ikke i denne typen konflikter. Ettersom vi ikke har noen gode alternative oversettelser på norsk velger jeg i oppgaven å benytte begrepet stridende om den rettslige status *combatant*. Når jeg snakker om andre som deltar i fiendtlighetene velger jeg å kalle dem for faktisk stridende. Siden begrepet er helt sentralt i oppgaven velger jeg å utdype begrepet grundig og begynner med en kort redegjørelse for begrepets historiske utvikling innen IHR før jeg ser på stridendes rettigheter og plikter.

Selv om IHR i dag bruker klassifiseringen stridende forekommer ikke ordet *combatant* en eneste gang i Genevekonvensjonene av 1949.⁵² Heller ikke i tredje konvensjon som omhandler krigsfanger. Her har man heller brukt Haagkonvensjonens formulering om krigførende eller *belligerents* i definisjonen av krigsfanger.⁵³ Til tross for at begrepet stridende har vært sentralt helt siden etableringen av IHR, har betydningen både gjennom lovverket og dagligtale forandret seg gjennom tiden.

Begrepet stridende stammer fra The Lieber Code av 1863:

All enemies in regular war are divided into two general classes -- that is to say, into combatants and non-combatants, or unarmed citizens of the hostile government.⁵⁴

I Haagkonvensjonene av 1899 og 1907 brukes deretter begrepet krigførende heller enn stridende. Seksjon I av reguleringene fra 1907 heter "on belligerents" og kapittel I "The qualification of belligerents". Artikkel 3 sier her at:

The armed forces of the belligerent parties may consist of combatants and non-combatants. In the case of capture by the enemy, both have the right to be treated as prisoners of war.

⁵² Garraway. "Combatants" - *substance or semantics?* I: International law and armed conflict: Exploring the Faultlines (2007), s. 322

⁵³ Geneva convention relative to the treatment of prisoners of war - August 12, 1949 art. 4(A)

⁵⁴ General Orders 100, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (The Lieber Code) - April 24, 1863, art. 155

Her synes ordet *combatant* brukt for å indikere aktivitet, mens *belligerent* er brukt som referanse til den krigførende stat som part til konflikten eller en form for status for soldatene. Dette underbygges av artikkel 2 som sier at personer som deltar i en *levée en masse* "[...] shall be regarded as belligerents [...]" forutsatt at de oppfyller kravene til dette.

Genevekonvensjonene av 1949 adopterte mye av språket fastsatt i Haagkonvensjonene, selv om man her utvidet krigsfangebegrepet til også å inkludere flere grupper som ikke er medlemmer av de væpnede styrkene.⁵⁵ Senere har imidlertid begrepet *belligerent* nærmest forsvunnet og *combatant* overtatt som begrep for status. Tilleggsprotokoll I av 1977 forsøker å gi en klar definisjon av begrepet:

1. The armed forces of a Party to a conflict consist of all organized forces, groups and units which are under a command responsible to that Party for the conduct or its subordinates, even if that Party is represented by a government or an authority not recognized by an adverse Party. Such armed forces shall be subject to an internal disciplinary system which, inter alia, shall enforce compliance with the rules of international law applicable in armed conflict.
2. Members of the armed forces of a Party to a conflict (other than medical personnel and chaplains covered by Article 33 of the Third Convention) are combatants, that is to say, they have the right to participate directly in hostilities.⁵⁶

Formuleringen er en klar endring av Haagkonvensjonene der medlemmer av de væpnede styrker kan være enten *combatant* eller *non-combatant* basert på aktivitet. I dag er alle medlemmer av de væpnede styrker, bortsett fra medisinsk personell og geistlige, stridende uavhengig om de deltar direkte i stridshandlingene. Dagens definisjon er således klart basert på status og ikke aktiviteter eller handlinger.⁵⁷

Men som det fremgår av definisjonen i TP I er det ikke kun medlemmer av en stats offisielle væpnede styrker som klassifiseres som stridende. Også organiserte væpnede grupper som ulike former for milits eller motstandsgrupper regnes som stridende dersom de er underlagt

⁵⁵ Se GK III art. 4(A)(4) og (5)

⁵⁶ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977, art 43

⁵⁷ Garraway (2007) s. 325

kommando av en som er ansvarlig for sine underordnede og har et disiplinærsystem som skal sørge for at gruppen etterlever IHR. TP I åpner samtidig for at paramilitære grupper og væpnet politi kan innlemmes i en parts væpnede styrker dersom øvrige parter til konflikten varsles om dette.⁵⁸

2.2.2 Rettigheter og plikter

Stridende status gir personer ulike rettigheter og plikter. Den viktigste grunnleggende rettigheten er at en som stridende har rett til å delta i fiendtligheter. Unntaket er religiøst og medisinsk personell, og eventuelle medlemmer av de væpnede styrkene som vedvarende og utelukkende er beordret til tjeneste ved sivilforsvarsorganisasjoner.⁵⁹ Retten til å delta i fiendtligheter er uavhengig av den enkeltes funksjon, og baseres kun på medlemskap i de væpnede styrker. Dette betyr i praksis at infanterisoldaten, jagerflypiloten og mekanikeren har den samme rettigheten. Siden de har rett til å delta i fiendtligheter kan de heller ikke straffes etter IHR for lovlige krigshandlinger. Denne immuniteten står ikke eksplisitt uttrykt i noen konvensjon, men kan tolkes ut fra retten til å delta i stridighetene samt det faktum at konvensjonene eksplisitt åpner for militære angrep mot militære mål. Immuniteten gjelder selvfølgelig også dersom de blir tatt til fange av motstanderen. Motstanderen har ikke lov til å dømme stridende for forhold som ikke ville være ulovlige også for egne soldater eller etter folkeretten på det tidspunktet handlingen ble begått.⁶⁰

En naturlig konsekvens av retten til deltagelse er at stridende samtidig blir et lovlig mål for motstanderen å angripe. Dette står heller ikke eksplisitt formulert i noen konvensjon, men TP I sier at "[...] Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives."⁶¹ Selv om militære mål senere i konvensjonen defineres kun til å omfatte objekter og ikke personer,⁶² vil en tolkning der stridende personell ikke er lovlig mål å angripe for en motstander være i strid med utgangspunktet for distinksjonsprinsippet i St. Petersburg erklæringen der man fastslår at det eneste legitime mål en

⁵⁸ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977, art. 43(3)

⁵⁹ Ibid. art. 67(1)

⁶⁰ Geneva convention relative to the treatment of prisoners of war - August 12, 1949, art. 99

⁶¹ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977, art. 48

⁶² Ibid. art. 52(2)

stat har i krig er å svekke motstanderens militære styrke. Dagens sedvanerett fastslår da også at loven skal forstås slik at stridende er lovlig mål basert på deres medlemskap i væpnede styrker.⁶³

Et slikt medlemskapskriterium får den konsekvens at stridende lovlig kan angripes i alle situasjoner uavhengig av hva han eller hun foretar seg så lenge medlemskapet gjelder. Stridende kan derfor lovlig angripes mens de sover, trener, er på permisjon eller under opplæring selv om de da ikke utgjør en umiddelbar trussel for motstanderen. Angrepet kan gjerne også skje utenfor det man naturlig oppfatter som operasjons- eller stridsområdet basert på prinsippet om militær nødvendighet. En stridende vil alltid anses som en militær kapasitet frem til det tidspunkt da han eller hun er kampudyktig eller *hors de combat*.⁶⁴ Dette vil si en situasjon der en soldat har overgitt seg og er tatt til fange av motstanderen, den stridende tydelig signaliserer at han eller hun ønsker å overgi seg eller soldaten er bevisstløs eller av andre grunner kampudyktig på grunn av skade eller sykdom og derfor ikke har mulighet til å forsvare seg. Beskyttelsen forutsetter imidlertid at soldaten avstår fra fiendtlige handlinger eller forsøker å flykte.⁶⁵

Dersom stridende tas til fange av motstanderen får de sekundærstatus som krigsfange og skal gis beskyttelse etter Tredje Genevekonvensjon.⁶⁶ Status som krigsfange gjelder fra det øyeblikk en stridende havner i motstanderens hender og frem til endelig frigivelse og tilbakeføring til egne styrker.⁶⁷ Beskyttelsen som krigsfange tilkommer alle stridende, også militsmedlemmer eller andre organiserte væpnede grupper som nevnt over. For å få status som krigsfange må imidlertid slike grupper tradisjonelt overholde fire kumulative kriterier i henhold til Tredje Genevekonvensjon: De må være under kommando av en person ansvarlig for sine undergitte, de må bære kjennetegn som er synlig på avstand, de må bære våpen åpent og de må gjennomføre sine operasjoner etter krigens lover og sedvanerett.⁶⁸

Hensikten med kriteriene for å oppnå krigsfangestatus er selvfølgelig å bidra til økt beskyttelse av sivile gjennom å kunne skille ut de stridende. TP I lempet noe på disse kriteriene ved å si at "recognizing, however, that there are situations in armed conflicts where, owing to the nature of hostilities an armed combatant cannot so distinguish himself he shall retain his status as a

⁶³ Se ICRC (2005) Rule 1

⁶⁴ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977, art. 41(1)

⁶⁵ Ibid. art. 41(2)

⁶⁶ Geneva convention relative to the treatment of prisoners of war - August 12, 1949, art. 4(1); Jmf. GK TP I, art. 44(1)

⁶⁷ Ibid. art. 5

⁶⁸ Ibid. art. 4(2)

combatant provided that [...] he carries his arms openly.”⁶⁹ Dette har flere land, med USA i spissen, protestert mot og er en av grunnene til at de ikke ønsker å ratifisere denne traktaten. De hevder at å senke kravene vil gjøre det vanskeligere å skille sivile fra stridende, noe som medfører større sjanse for feil og dermed mindre beskyttelse for sivilbefolkningen. En slik oppmykning vil etter deres mening dermed stride mot konvensjonens formål.

I tillegg til de stridende er det enkelte spesielle grupper av sivile som tilkommer krigsfangestatus dersom de tas til fange. Jeg kommer tilbake til disse under behandlingen av rettigheter for sivile.⁷⁰

Kun i ett tilfelle gir loven sivile rett til å delta i kamphandlingene på lik linje med stridende. Dette er i en såkalt *levée en masse* der sivilbefolkningen i et uokkupert område spontant griper til våpen for å kjempe mot en invaderende fiende. Her har man naturlig nok ikke hatt mulighet til å organisere seg i regulære væpnede grupper, men det stilles fortsatt krav til at våpen skal bæres åpent og at stridshandlingene skal gjennomføres i henhold til IHR. Oppfylles dette vil de sivile som tar direkte del i fiendtlighetene ha krav på sekundærstatus som krigsfange.⁷¹ De er på den andre siden også lovlige mål for motstanderen å angripe. *Levée en masse* forutsetter en folkelig motstand på *uokkupert* territorium. Tilstanden er derfor normalt kortvarig og gjerne i en overgangsfase mellom okkupasjon, at de fiendtlige styrkene trekker seg tilbake eller at sivilbefolkningen rekker å organisere motstanden.⁷² Når en av disse situasjonene inntreffer er ikke befolkningens spontante motstand lenger å regne som *levée en masse* og individene får status etter hvilken rolle de da inntar i konflikten.

Det er viktig å merke seg at stridende kan bli sivile dersom man ikke lenger er tilknyttet de væpnede styrker. Yoram Dinstein tar for eksempel som utgangspunkt at alle stridende er en tidligere sivil (ingen er født stridende), og at en stridende kan gå tilbake til sin grunnstatus som sivil enten ved dimisjon eller ved desertering.⁷³ Så lenge en slik person ikke lenger er medlem av en væpnet styrke og heller ikke på eget initiativ direkte deltar i fiendtligheter vil han eller hun beskyttes som sivil etter IHR.

⁶⁹ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977, art. 44(3)

⁷⁰ Se under pkt. 2.3.2

⁷¹ Geneva convention relative to the treatment of prisoners of war - August 12, 1949, art. 4A, para. 6

⁷² Dinstein. *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict* (2010), s. 48

⁷³ Ibid. s. 146

2.3 Sivil

2.3.1 Sivil som begrep

Hvis en person ikke er stridende klassifiseres man som sivil. Definisjonen av en sivil er den negative av en stridende:

A civilian is any person who does not belong to one of the categories of persons referred to in article 4 (A) (1), (2), (3) and (6) of the Third Convention and in Article 43 of this Protocol. In case of doubt whether a person is a civilian, that person shall be considered to be a civilian.⁷⁴

Sivile mangler retten til å delta direkte i fiendtlighetene og har derfor heller ingen rettslig immunitet mot straffeforfølgelse for eventuelle fiendtligheter de allikevel deltar i. De skal på den andre siden beskyttes mot direkte angrep, represalier og andre farer forbundet med militære operasjoner.⁷⁵ Selv om definisjonen av sivil er gitt i regelverket som gjelder for IVK er den å anse som internasjonal sedvanerett også for IIVK.⁷⁶ Prinsippet om beskyttelse er derfor universelt uavhengig av type konflikt og hvorvidt de stridende parter har ratifisert den enkelte traktat. ICTY har gått så langt som å karakterisere dette som en jus cogens regel i internasjonal rett.⁷⁷

2.3.2 Rettigheter og plikter

Når en skal se på siviles rettigheter og plikter i en væpnet konflikt er grunnlaget en manglende rett til å delta i fiendtligheter. Dette står ikke skrevet i noen konvensjon, men kan tolkes ut fra definisjonen av stridende. Stridende har rett til å delta i fiendtlighetene, og siden sivile defineres negativt til stridende har ikke de den samme rettigheten. Unntaket er ved deltagelse i en *levée en masse* som redegjort for ovenfor.⁷⁸ Det betyr ikke at det etter folkeretten er forbudt å delta. Sivile kan, dersom de på eget initiativ ønsker det, delta i fiendtlighetene. De får imidlertid ikke primærstatus som stridende, og kan dermed heller ikke få sekundærstatus som krigsfange. Selv om IHR ikke forbyr deltagelse, kan imidlertid hver enkelt stat gjennom nasjonal lovgivning både

⁷⁴ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977, art. 50(1)

⁷⁵ Ibid. art. 51

⁷⁶ ICRC (2005) s. 3

⁷⁷ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of former Yugoslavia since 1991 (ICTY): Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule", Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction (Case No. IT-94-1), art. 60-69

⁷⁸ Se over pkt. 2.2.2

forby og kriminalisere slike handlinger fordi de ikke har forpliktet seg konvensjonsmessig til å gi deltagende sivile rettslig immunitet.

Grunnregelen er at sivile og sivile objekter ikke skal utsettes for angrep. I IHR eksisterer imidlertid en helt nødvendig balansegang mellom kravet til beskyttelse av sivile personer og sivile objekter og det konkurrerende prinsippet om militær nødvendighet. Sivile er derfor ikke automatisk beskyttet mot angrep rettet mot militære mål, selv om angrepet er forventet å skape sivile tap. At sivile for eksempel arbeider på en ammunisjonsfabrikk hindrer ikke at fabrikken utgjør et lovlig mål. Det er heller ikke slik at forventede skader på sivile eller sivile objekter som ligger i nærheten av et militært mål, såkalt utilsiktet skade eller *collateral damage*, nødvendigvis hindrer at målet kan angripes. Hvis de forventede tapene ikke overstiger den forventede konkrete og direkte militære fordelene av angrepet vil prinsippet om proporsjonalitet tillate angrepet.⁷⁹ Det må presiseres at det er de forventede skadene som skal vurderes og ikke hvilke skader som viste seg å bli resultatet i ettertid. Samtidig er det kun de fysiske skadene som vurderes og ikke eventuelt ubehag eller ubekvemme situasjoner som kan oppstå som følge av et militært angrep på for eksempel strømforsyning. At et sykehus mister strømforsyningen til respiratorer eller andre livsnødvendige apparater er en følgeskade som må vurderes fordi den vil påføre sivilbefolkningen direkte skade. At sivile derimot ikke har strøm til belysning er ingen skade som skal hindre et angrep dersom angrepet er militært nødvendig. Proporsjonalitetsvurderingen må samtidig tas med bakgrunn i den informasjonen beslutningstakeren har på det aktuelle tidspunktet. IHR trekker ikke opp noen eksakt grense for hvor god etterretning man må ha for å klargjøre hvorvidt målet er lovlig, eller i hvilket omfang sivile vil bli rammet før man iverksetter et angrep. Det fremheves imidlertid at en skal gjøre "[...] everything feasible to verify [...]".⁸⁰ Dette betyr at det må gjøres en vurdering i hvert enkelt tilfelle basert på tilgjengelig tid og ressurser i situasjonen. IHR presiserer at det kan være lovlig med omfattende skader på sivile i enkelte tilfeller der den forventede militære fordelene er stor. Et angrep er først ulovlig når den forventede skaden på sivile er "[...] excessive [uthevet her] in relation to the concrete and direct military advantage anticipated."⁸¹

Beskyttelsen som sivil faller også bort dersom den sivile selv velger å ta direkte del i fiendtlighetene. Genevekonvensjonenes fellesartikkel 3 sier at "persons taking no active part in the hostilities, [...] shall in all circumstances be treated humanely". Dette støttes av TP I som sier

⁷⁹ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977, art. 51(5)(b)

⁸⁰ Ibid. art. 57

⁸¹ Ibid.

at "civilians shall enjoy the protection afforded by this section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities."⁸² Selv om paragrafene her benytter ulike ord er det generell forståelse for at meningen er identisk. Hvis sivile selv velger å oppgi beskyttelsen ved å ta direkte del i fiendtlighetene er de lovlige mål for motstanderen å angripe. Dette er blitt kjent som *direct participation in hostilities*. Hvilke konkrete handlinger som kvalifiserer for slik deltagelse ligger utenfor denne oppgaven. Spørsmålet i denne oppgaven blir heller *i hvilken grad beskyttelsen forsvinner*. Skal sivile som deltar i fiendtlighetene miste retten til beskyttelse mot angrep, men beholde andre privilegier som beskyttelse mot følgene av krigshandlinger i for eksempel i fjerde Genevekonvensjon? Her går argumentene begge veier. På den ene siden har man det humanistiske utgangspunkt som spiller på konvensjonenes ordlyd om at sivile alltid skal beskyttes bortsett fra i det tidsrommet de deltar i fiendtlighetene. På den andre siden ble fjerde Genevekonvensjon primært etablert for å beskytte uskyldige sivile mot krigshandlinger, ikke aktive deltagere.⁸³ Selv om konvensjonen anerkjenner at sivile, spesielt under okkupasjon, kan delta i "[...] activity hostile to the security of the Occupying Power, [...]" inkludert etterretning og sabotasje, skiller dette seg klart fra dagens konfliktbilde hvor man har store vanskeligheter med å skille sivile fra faktisk stridene.⁸⁴ Mange har derfor tatt til orde for å kalle disse ulovlige stridende fordi de både vedvarende og direkte deltar i fiendtligheter uten å ha rettigheter til det. Hvis sivile tas til fange av motstanderen har de som argumentert for ovenfor ikke stridende status og dermed heller ikke rett til sekundærstatus som krigsfange. Unntaket er sivile som følger de væpnede styrkene uten selv å være medlem, for eksempel journalister, velferdsarbeidere eller kontraktører innen logistikk. Hvis de er autorisert av de væpnede styrker og har identifikasjonspapirer som indikerer dette får de krigsfangestatus. Det samme gjelder mannskap i handelsflåten eller i sivile flyselskaper som tilhører en av partene.⁸⁵

⁸² Ibid. art. 51(3)

⁸³ Garraway (2007) s. 329

⁸⁴ Se Geneva convention relative to the protection of civilian persons in time of war - August 12, 1949, art. 5

⁸⁵ Geneva convention relative to the treatment of prisoners of war - August 12, 1949, art. 4A(4)(5)

3 Enkeltpersoners status i traktatretten for IIVK

Til tross for at nærmere 95% av dagens væpnede konflikter er interne⁸⁶ er det kun en liten del av traktatretten i IHR som kommer til anvendelse i denne typen konflikter. Enkeltpersoners status er også et av de mest omdiskuterte og lite er derfor fastsatt ved lov. Så godt som ingen stater er villige til å anerkjenne interne opprørsgrupper som lovlig stridende og dette gjør at det per i dag ikke finnes konvensjoner eller enkeltartikler med spesifikt formål å klargjøre denne gruppens rettigheter og plikter. Man er derfor ofte nødt til å drøfte problemstillingen med det motsatte utgangspunkt, nemlig hvordan konvensjonene legger opp til at sivile skal beskyttes. Deretter kan man utlede rettighetene og pliktene til de som ikke lenger omfattes av denne beskyttelsen.

3.1 Generelle prinsipper for IIVK

Teknisk sett eksisterer det ingen internasjonale *jus ad bellum* regler for IIVK siden slike væpnede konflikter verken er anerkjent eller forbudt gjennom internasjonal lov. Unntaket er nasjonale frigjøringskriger der befolkningen utøver sin rett til selvbestemmelse.⁸⁷ Det eksisterer imidlertid en form for *jus ad bellum* regler i nasjonal lovgivning. Gjennom statenes maktmonopol som suveren stat kan vi gå ut fra at nasjonale lover i alle land forbyr enhver under sin jurisdiksjon å utøve væpnet konflikt mot statens myndigheter eller militære styrker.⁸⁸ Dette er karakterisert som alvorlig kriminalitet med lange strafferammer. Nasjonal lovgivning forskjellsbehandler dermed de ulike aktørene i denne typen konflikter. IHR behandler imidlertid partene likt. Fellesartikkel 3 sier eksplisitt at *each Party* skal forholde seg til dens bestemmelser. Under forarbeidene til TP II forsøkte statene å ignorere det åpenbare, basert på illusjonen om at fenomenet ville forsvinne dersom det ikke ble nevnt i lovverket, når de fjernet enhver henvisning til *Parties* i denne konvensjonen. Selv om statene her unnlot å vedta en spesifikk paragraf som anerkjente slik likhet er allikevel prinsippet om likebehandling i IHR ukontroversielt.⁸⁹

Reglene i IHR er samtidig gjeldende for alle parter, både statlige og ikke-statlige aktører.

Væpnede opprørsgrupper trenger ingen anerkjennelse fra verken staten de kjemper mot eller det internasjonale samfunn for at IHR skal komme til anvendelse. Ikke-statlige aktører er samtidig

⁸⁶ Watkin. *21st Century conflict and International Humanitarian Law I: Interactional law and armed conflict: Exploring the faultlines* (2007), s. 270

⁸⁷ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977, art. 1(4)

⁸⁸ I Norge omhandler for eksempel straffelovens kapittel 8 forbrytelser mot statens selvstendighet og sikkerhet, mens kapittel 9 omfatter forbrytelser mot statsforfatningen og statsoverhodet. Se Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10. Se spesielt § 83, 86, 98, 99, 99b og 104b

⁸⁹ Sassòli (2007) s. 255-256

bundet av IHR, da de som statsborgere i en signaturstat eller gjennom sedvane, er forpliktet til å følge dem. At de ikke har deltatt i lovprosessen og eventuelt kjemper mot myndighetene i landet er irrelevant.⁹⁰ Konklusjonen blir at opprørere ikke bare kan påberope seg rettigheter, men må også selv rette seg etter forpliktelsene i IHR.

3.2 Genevekonvensjonenes fellesartikkel 3

I en IIVK ligger Genevekonvensjonenes fellesartikkel 3 til grunn. Denne oppfattes som en miniatyrkonvensjon i seg selv og var frem til 1977 det eneste skrevne lovverket som omhandlet denne typen konflikter. Siden Genevekonvensjonene av 1949 er de eneste internasjonale konvensjonene samtlige land har ratifisert har disse konvensjonene global utbredelse.

Fellesartikkel 3 fastsetter grunnleggende standarder for beskyttelse basert på retten til liv og prinsippet om humanitet.⁹¹ Artikkelen gjør ingen forskjell på partene i konflikten i forhold til hvilke minimumsrettigheter de må anerkjenne motstanderen. “In case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum the following provisions [...]”.⁹² Reglene har blitt ansett av ICJ som “[...] elementary considerations of humanity [som danner] a minimum yardstick [...]” gjeldende i alle IIVK.⁹³

Artikkelen har som formål å beskytte de som ikke deltar i striden, inkludert medlemmer av de væpnede styrker:

Persons taking no active part in the hostilities, including members of the armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any similar criteria.⁹⁴

Fellesartikkel 3 nevner ikke stridende eller sivil som statusbegreper, men benytter heller begreper som *personer som ikke aktivt tar del i fiendtligheter og medlemmer av de væpnede styrker*. Disse defineres ikke nærmere, men det synes klart at artikkelens formål er å beskytte de

⁹⁰ Fleck (2008) s. 620

⁹¹ Ibid.

⁹² GK fellesartikkel 3

⁹³ International Court of Justice (ICJ): Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States). Judgment of 27 June 1986, art. 218

⁹⁴ GK fellesartikkel 3(1)

som ikke direkte deltar i fiendtlighetene. Selv om den ikke beskriver de som faktisk deltar synes det derfor allikevel klart at artikkelen har som intensjon å skille mellom de som aktivt tar del i fiendtligheter og de som ikke gjør det uten å spesifisere kriteriene for det ene eller andre.

Artikkelen skisserer heller ingen forskjell på deltagere fra statens egne væpnede styrker eller opprørsgrupper. Det synes derfor ikke som om bestemmelsene har hatt til hensikt å forfordele den ene eller den andre siden av konflikten, men holde seg til prinsippet om likebehandling av partene i IHR. Mangelen på klare definisjoner og substans kan synes merkelig, men dette har gjort det mulig for stater å ratifisere en avtale som ellers ville vært kontroversiell.⁹⁵

Fellesartikkel 3 sikrer dermed en minstestandard av humanitær behandling av alle som ikke har, eller ikke lenger deltar, direkte i fiendtligheter. Artikkelen sier samtidig at drap, mishandling, tortur, gisseltaking og nedverdiggende behandling er forbudt til enhver tid uansett situasjon.⁹⁶

Men i tillegg definerer fellesartikkel 3 minstekrav til enkeltpersoners rettssikkerhet i en IIVK. Den forbyr konkret "the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples."⁹⁷ En av garantiene er at personer skal sikres mot vilkårlig frihetsberøvelse.⁹⁸ Videre skal en person kun dømmes av en uavhengig domstol der personen har tilgang til et kompetent forsvar. En annen juridisk garanti som må oppfylles er kravene til individuell behandling og individuelt straffeansvar. "No one shall be convicted of an offence except on the basis of individual penal responsibility."⁹⁹ Dette betyr at en ikke kan behandle fanger likt basert på at de tilhører samme organisasjon eller er internert i den samme konflikten.

Men samtidig som artikkelen forsøker å skille mellom de som direkte deltar i fiendtlighetene og de som ikke gjør det, uttrykkes det helt klart at enkeltpersoners rettslige status ikke påvirkes av bestemmelsene. Uten en slik spesifikk klausul ville neppe fellesartikkel 3 eksistert som minstestandard. I siste ledd står det at "[...] the application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict." Denne formuleringen sikrer statene suveren jurisdiksjon over alle statens innbyggere også i en IIVK. Det er altså allikevel ikke det samme om du tilhører de lovlige væpnede styrkene eller om du er opprører. Er du soldat blir du kommandert ut på vegne av staten som selv vurderer lovligheten av dine handlinger. I realiteten

⁹⁵ Fleck (2008) s. 609

⁹⁶ GK fellesart. 3(1)(a-c)

⁹⁷ GK fellesart. 3(1)(d)

⁹⁸ Se sedvanerett i forhold til sikkerhetsinternering i pkt. 4.4

⁹⁹ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977, art. 6(2)(b)

har du dermed rettslig immunitet for lovlige stridshandlinger. Er du imidlertid opprører vil du ikke bli lovlig stridende selv om du følger bestemmelsene om humanitær behandling og beskyttelse av de som ikke deltar i fiendtlighetene. Du har uansett ingen rett til krigsfangestatus og har ingen rettslig immunitet mot straffeforfølgelse for dine handlinger etter nasjonal lovgivning. Som opprører vil du derfor mest sannsynlig kunne bli anklaget for forræderi mot staten og drap. Dette gjelder uansett om handlingene er blitt utført i henhold til IHRs prinsipper og hadde vært lovlige krigshandlinger i en IVK.

Nest siste del av fellesartikkel 3 er også interessant i forhold til gjeldende lovverk for IIVK. Den sier at “the Parties to the conflict should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention.” Siden alle stater har ratifisert Genevekonvensjonene betyr dette at alle stater og eventuelt andre organiserte væpnede grupper har en plikt til å vurdere å implementere hele eller deler av Genevekonvensjonene også i en IIVK. Hensikten med dette er å øke beskyttelsen av sivile personer og sivile objekter samt minske lidelsene blant de faktisk stridende. Det spesifiseres ikke nærmere hva dette vil kunne bety i praksis, og ofte vil det nok også være situasjonsavhengig, men det gir en åpning for å kunne implementere hele eller deler av et allerede godt etablert regelverk inn i IIVK. I praksis ser vi vel resultatet av denne plikten gjennom den etablerte internasjonale sedvaneretten for IIVK.

3.3 Tilleggsprotokoll I

Revisjonsarbeidet av IHR, i perioden fra 1975 til 1977, som ledet frem til de to tilleggsprotokollene (TP I og TP II), skulle forhåpentligvis modernisere IHR i lys av moderne konflikter. Vi fikk nå to nye protokoller som ikke erstattet, men utfylte de fire konvensjonene fra 1949. TP I omhandler IVK, mens TP II omhandler IIVK. Den nye teksten i TP I gikk utover den tradisjonelle grensen for Genevekonvensjonene ved at den ikke kun omhandlet beskyttelse av ofre for krig, men også tok opp grunnleggende spørsmål knyttet til den faktiske utførelsen av fiendtligheter.¹⁰⁰ Utfordringen er imidlertid at der Genevekonvensjonene har oppnådd universell utbredelse, så er dette absolutt ikke tilfellet for de to tilleggsprotokollene. Et stort flertall av

¹⁰⁰ Dinstein (2010) s. 16

verdens stater har ratifisert både TP I og TP II,¹⁰¹ men et konsekvent mindretall ledet av USA vil absolutt ikke ratifisere protokollene. Argumentet har blant annet vært at man potensielt legitimerer ikke-statlig deltagelse i væpnet konflikt og gir status som stridende til irregulære styrker selv når de ikke tilfredsstiller tradisjonelle krav til distinksjon fra sivilbefolkningen eller følger krigens lover.¹⁰² USA er selvfølgelig ikke motstander av alle punktene i disse konvensjonene, og flere av artiklene karakteriseres som internasjonal sedvanerett både i en IVK og en IIVK, noe som vil bli diskutert nedenfor. At enkeltelementer er sedvanerett har imidlertid ikke bidratt til mindre skepsis rundt protokollene i de landene som sterkest har uttrykt motstand mot dem¹⁰³

Et annet viktig ankepunkt for USA i forhold til ratifisering av TP I er det faktum at den gir en bestemt type IIVK likebehandling som om den skulle vært internasjonal. TP I kommer nemlig til anvendelse under "[...] armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist regimes in the exercise of their right of self-determination, [...]".¹⁰⁴ Amerikanernes argument er at klassifisering av konflikter bør være basert på objektive kriterier og ikke moralske forhold. Det ville politisere IHR og fjerne skillet mellom IVK og IIVK.¹⁰⁵ Artikkelen er aldri blitt brukt i praksis og kan således ikke sies å ha stor påvirkning i retning av å legitimere "nasjonale frigjøringsbevegelser," men motstanden viser hvor betent spørsmålet rundt klassifisering av konflikter og anerkjennelse av status til deltagere i IIVK er. Det må også legges til at mange av bestemmelsene i TP I ofte implementeres i væpnede konflikter som policy, også av den største ikke-signaturstaten, nemlig USA selv.¹⁰⁶

¹⁰¹ 170 stater har ratifisert TP I og 165 stater har ratifisert TP II pr. 05.05.2011. Stater som ikke har ratifisert protokollene inkluderer USA, India, Pakistan, Israel og Iran. For en komplett liste se [http://www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf), sist besøkt 18.05.2011.

¹⁰² Se *Letter of transmittal, Agora: The U.S. Decision not to ratify Protocol I to the Geneva Convention on the protection of war victims* (1987). (Denne bekymringen fra President Reagan i forhold til legitimering er sendt til Senatet hvor det blant annet står "But Protocol I is fundamentally and irreconcilably flawed. It contains provisions that would undermine humanitarian law and endanger civilians in war." Videre sies det at "Another provision would grant combatant status to irregular forces even if they do not satisfy the traditional requirements to distinguish themselves from the civilian population and otherwise comply with the laws of war. This would endanger civilians among whom terrorists and other irregulars attempt to conceal themselves.")

¹⁰³ Dinstein (2010) s. 16

¹⁰⁴ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977, art. 1(4)

¹⁰⁵ *Letter of transmittal, Agora: The U.S. Decision not to ratify Protocol I to the Geneva Convention on the protection of war victims*, January 29, 1987

¹⁰⁶ Watkin (2007) s. 269

3.4 Tilleggsprotokoll II

Anvendelse av TP II har en høyere terskel enn fellesartikkel 3. Den kommer til anvendelse kun i tilfeller der:

[...] all armed conflicts which are not covered by Article 1 of [...] (Protocol I) and which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol.¹⁰⁷

Ved å etablere en så høy terskel for anvendelse, spesielt i forhold til territoriell kontroll, har TP II begrenset anvendelse i moderne væpnede konflikter.¹⁰⁸ Dette skyldes det faktum at slike konflikter ofte oppstår i såkalte *failed states* der statens rolle og kontroll allerede er borte eller i ferd med å forsvinne.

Protokollen sier videre at den ikke kommer til anvendelse "[...] to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of similar nature, as not being armed conflicts."¹⁰⁹ Heller ikke grenseoppgangen mellom væpnet konflikt og intern uro og sporadisk vold er definert. Igjen er nok dette et resultat av statenes ønske om å kunne tolke bestemmelsene på en måte som er formålstjenelig i den enkelte situasjon. I praksis bidrar det imidlertid til uklarhet om når IHR for en IIVK kommer til anvendelse, selv om de fleste innser at dette nødvendigvis må kunne variere veldig avhengig av situasjonen. Er for eksempel dagens narkotikakrig i Mexico kun intern uro underlagt reglene for nasjonal rettshåndhevelse, eller gjør det faktum at narkotikakartellene i praksis kontrollerer store deler av landet og at over 30 000 personer er drept de siste 4 årene¹¹⁰ dette til en væpnet konflikt der IHR kommer til anvendelse? Manglende definisjoner og grenseverdier bidrar på denne måten til at TP IIs praktiske anvendelse begrenses til store konflikter slik som borgerkrig.¹¹¹ De fleste vil nok allikevel være enig i at både situasjonen i Afghanistan og Libya (før den ble en

¹⁰⁷ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977, art. 1(1)

¹⁰⁸ Fleck (2008) s. 610

¹⁰⁹ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977, art. 1(2)

¹¹⁰ Se <http://www.bbc.co.uk/news/world-latin-america-12012425>, sist besøkt 25. mars 2011

¹¹¹ Watkin (2007) s. 271

IVK gjennom vedtak i Sikkerhetsrådet¹¹² og påfølgende angrep fra blant annet Norge) er av et slikt omfang at TP II kommer til anvendelse i konflikten. En indikasjon på dette er at Sikkerhetsrådet i sin resolusjon bad partene i Libya om å respektere IHR i konflikten.¹¹³

TP II fremstår i dag som en samling grunnleggende bestemmelser rundt humanitær behandling, beskyttelse av syke og sårede, og beskyttelse av sivilbefolkningen mot farer forbundet med krigshandlingene. Alle disse bestemmelsene dekkes uansett av gjeldende internasjonal sedvanerett for en IIVK. Faktisk vil sedvanerett gjøre praktisk talt alle substansielle bestemmelser i TP II gjeldende i en IIVK med en langt lavere terskel for anvendelse enn den som fremgår av protokollens artikkel 1.¹¹⁴

Ettersom protokollen kun omfatter IIVK inneholder den naturlig nok heller ingen definisjon av stridende. Protokollen omtaler sivile uten en definisjon, og personer som faller utenfor denne kategorien nevnes ikke overhodet. Det forutsettes dermed at enkeltpersoners status tolkes ut fra andre konvensjoner, traktater eller sedvanerett. Den eneste bestemmelsen i TP II som omhandler temaet rundt enkeltpersoners status er artikkel 13 som sier at "civilians shall enjoy the protection afforded by this Part, unless and for such time as they take a direct part in hostilities."¹¹⁵ Det synes imidlertid klart at også TP II har som hovedmål å beskytte den uskyldige sivilbefolkningen mot krigshandlinger gjennom å skille mellom personer som deltar og personer som ikke deltar i fiendtligheter.

3.5 Andre konvensjoner

Et annet viktig dokument innen IHR som regulerer forhold i IIVK er statuttene til ICC. I tillegg til å liste opp alvorlige brudd på fellesartikkel 3,¹¹⁶ suppleres listen med 12 alvorlige brudd på IHR som karakteriseres som krigsforbrytelser i en IIVK.¹¹⁷ Terskelverdien for disse bestemmelsene er de samme som for bruddene på fellesartikkel 3 selv om formuleringen til ICC er "[...] when there is protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups."¹¹⁸ Formuleringen *protracted armed violence* er hentet

¹¹² UN Security Council Resolution 1973 (2011)

¹¹³ UN Security Council Resolution 1970 (2011)

¹¹⁴ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of former Yugoslavia since 1991 (ICTY): Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule", Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction (Case No. IT-94-1), art. 117

¹¹⁵ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977, art. 13(3)

¹¹⁶ Statute of the International Criminal Court - July 17, 1998, art. 8(2)(c)

¹¹⁷ Ibid. art. 8(2)(e)

¹¹⁸ Ibid. art. 8(2)(f)

fra Tadić dommen i ICTY der den først ble brukt for å beskrive grenseverdien mellom begrensede uroligheter og væpnet konflikt.¹¹⁹ Statuttene er således å betrakte som gyldige i enhver IIVK, selv om de ikke er satt opp på en overbevisende analytisk måte og ikke fullt ut reflekterer dagens sedvanerett.¹²⁰

Et interessant poeng er at statuttene til ICC kriminaliserer angrep på sivile i en IIVK uten en klar definisjon på hvem dette er. Ingen konvensjoner har som nevnt definert stridende i en IIVK, og ettersom sivile i IHR defineres negativt til stridende mangler automatisk også definisjonen av sivile. Statuttene til ICC forsøker heller ikke å klargjøre hvor grensen går mellom sivile og faktisk stridende. Dermed oppstår den merkelige situasjonen at man kan være uenige om handlingene er en krigsforbrytelse eller ikke basert på ulik tolkning av personers status eller når de mister beskyttelsen på grunn av direkte deltagelse i fiendtligheter. Flere stater, deriblant USA, har blant annet derfor vært negative til ICC og dets myndighetsområde og nekter å la domstolen ha jurisdiksjon over sine soldater. Statene ønsker heller å straffeforfølge egne soldater basert på statens egen tolkning av motstanderens status i konflikten.

Også andre konvensjoner innen IHR kommer i dag til anvendelse også i en IIVK. Dette gjelder for eksempel flere av våpenkonvensjonene og konvensjonen for beskyttelse av kulturminner. Ingen av disse omhandler imidlertid enkeltpersoners status og vil ikke drøftes videre i oppgaven.

3.6 Delkonklusjon

Det skrevne lovverket i en IIVK er meget begrenset og langt fra entydig. Traktatretten omfatter heller ikke alle ettersom verken TP I eller TP II er ratifisert av alle stater. Faktisk er problemet rundt enkeltpersoners rettslige status den viktigste grunnen til at enkelte stater nekter å undertegne dem. IHR ender derfor opp med en del mindre konkrete bestemmelser der manglende klare definisjoner er byttet ut med henvisninger til grunnleggende prinsipper som humanitet, beskyttelse av faktisk stridende som har overgitt seg eller er *hors de combat*, og beskyttelse av sivile, sivilbefolkningen og sivile objekter. Ingen av disse er kontroversielle og må kunne betraktes gjennom sedvane som allmenngyldige prinsipper uansett konflikt. Fellesartikkel 3 er allikevel en meget viktig minimumsgaranti som sikrer enhver deltager i en IIVK human

¹¹⁹ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of former Yugoslavia since 1991 (ICTY): Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a "Dule", Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction (Case No. IT-94-1), art. 70

¹²⁰ Fleck (2008) s. 611

behandling og grunnleggende rettssikkerhet. Artikkelen er dermed et godt grunnlag for utvikling av mer omfattende sedvanerett der stater ikke kan komme til enighet i en traktat.

Et forhold må imidlertid fremheves og det er prinsippet om likebehandling av partene under reglene for jus in bello uansett årsak til den væpnede konflikten jus ad bellum. Jeg vil komme nærmere inn på dette senere i oppgaven, men loven sier klart at *each party* skal forholde seg til dens bestemmelser. Det betyr at IHR som prinsipielt utgangspunkt likebehandler enkeltpersoner, uansett om de er statlige eller ikke-statlige aktører også i en IIVK.

4 Enkeltpersoners status basert på sedvanerett for IIVK

Utfordringer med å kategorisere asymmetriske konflikter og et økt fokus på humanitære rettigheter reflekteres i en trend der ulike grupper forsøker å anvende bestemmelsene for en IVK på en IIVK. Dette støttes opp av både statutter for, og kjennelser i internasjonale domstoler og gjennom blant annet sedvanerettsstudien som i stor grad er basert på bestemmelsene i TP I med ønske om å fremheve bruken av dem også for IIVK.¹²¹ Det er allikevel viktig å erkjenne at internasjonal sedvanerett for en IIVK fortsatt ikke er den samme som for en IVK selv om "[...] it cannot be denied that customary rules have developed to govern internal strife."¹²²

4.1 Sedvanerett og status

Som fremhevet i innledningen til oppgaven er distinksjonsprinsippet som skiller stridende fra sivile helt sentralt i IHR. Dette prinsippet anerkjennes også som internasjonal sedvanerett for både IVK og IIVK i henhold til regel 1 i sedvanerettsstudien. Det påpekes imidlertid at begrepet stridende i denne sammenhengen "[...] is used in its generic meaning, indicating persons who do not enjoy the protection against attack accorded to civilians, but does not imply a right to combatant status or prisoner-of-war status."¹²³ Her gjøres altså en endring i forhold til de vilkår som gjelder for en IVK. Man snakker ikke i sedvaneretten lenger om stridende som et rent statusbegrep, men mer som et prinsipp for distinksjon som innebærer en del plikter for den enkelte, men få rettigheter.

Når det gjelder rettigheter så henviser sedvanerettsstudien til fellesartikkel 3 og dens formulering om *armed forces*. Det er opplagt at dette begrepet må omfatte statenes organiserte væpnede styrker. Etter internasjonal sedvane for en IIVK kan derfor medlemmer av statenes organiserte væpnede styrker klassifiseres som stridende sett i forhold til distinksjonsprinsippet selv om formell status ikke finnes.¹²⁴ Dette støttes også gjennom statspraksis der stater *de facto* gir medlemmer av sine væpnede styrker stridende status ved å gi dem rett til, og ordre om, å delta i fiendtligheter. Statene vil selvfølgelig heller ikke straffeforfølge egne soldater for lovlige krigshandlinger de begår i statens tjeneste og dette gir medlemmene av de væpnede styrkene en

¹²¹ Watkin (2007) s. 273

¹²² International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of former Yugoslavia since 1991 (ICTY): Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule", Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction (Case No. IT-94-1), para.127. (Disse bestemmelsene ble identifisert til å blant annet omfatte beskyttelse av sivile mot stridshandlinger, beskyttelse av sivile objekter og forbud mot spesielle metoder og midler som er forbudt i en IVK.)

¹²³ ICRC (2005) s. 3

¹²⁴ Ibid. s. 12

rettslig immunitet. Dermed likebehandles i praksis medlemmer av de væpnede styrkene i en IVK og IIVK i forhold til primærstatus og retten til å delta i fiendtligheter gjennom nasjonal rett. Om de da samtidig er lovlige mål for motstanderen å angripe er imidlertid mer omdiskutert. Selv om stater i praksis gir sine egne væpnede styrker stridende status er mange av dem allikevel uvillige til å si at egne soldater er lovlige mål basert på prinsippet om *reciprocity*. Dette gjør at primærstatus som stridende allikevel ikke oppfylles fullstendig selv for statens egne væpnede styrker i en IIVK. Denne diskusjonen vil utdypes nedenfor.¹²⁵

Det som mangler er imidlertid sekundærstatus som krigsfange dersom de blir tatt til fange av motstanderen. Krigsfanger finnes som sagt ikke i en IIVK fordi det ikke finnes en definisjon av stridende. Manglende krigsfangestatus er ikke et resultat av at statene ikke ønsker å gi *egne* soldater denne beskyttelsen, men et resultat av IHRs krav om likebehandling av partene *jus in bello*. Statene vil ikke gi *motparten* dette privilegiet. Det faktum at man ved å anerkjenne stridende status for egne soldater i en IIVK samtidig må gi motstanderen den samme retten hindrer dette politisk. Væpnet opprør mot en stat er og blir kriminell virksomhet i henhold til nasjonal rett. For statene er det viktigere å ivareta egen sikkerhet gjennom å kunne straffeforfølge opprørere enn å beskytte egne soldater gjennom sekundærstatus og rettigheter som krigsfange. Det kan også settes spørsmålsteget ved om krigsfangestatus i en IIVK i realiteten vil beskytte statens egne soldater i stor grad. Veldig få opprørsgrupper er store nok eller opererer på en slik måte at de vil kunne oppfylle forpliktelsene de vil ha overfor krigsfanger. I praksis er vel heller realiteten at opprørsgrupper nekter å innordne seg IHR og ikke føler seg bundet av dets bestemmelser. Virkeligheten for den regulære soldaten på bakken synes derfor i mange tilfeller ikke spesielt påvirket av denne manglende rettigheten selv om det skulle vært ønskelig sett ut fra et rettsteoretisk ståsted.

For medlemmer av væpnede opprørsgrupper er statussituasjonen enda mindre klar. TP II inkluderer i sin tekst *dissident armed forces* og *other organized armed groups* uten at disse begrepene defineres nærmere. TP II kan imidlertid ikke anses som internasjonal sedvane da flere land har protestert mot dens innhold. Det synes derfor klart at medlemmer av slike grupper ikke har noen rett til å delta i fiendtligheter i henhold til IHR ettersom denne retten kun gis stridende. Selv om stater dermed kan straffeforfølge opprørere for handlingene deres, gjør opprørere ved å delta allikevel ikke noe ulovlig i henhold til folkeretten ettersom IHR ikke har noe slikt forbud mot deltagelse i fiendtligheter. Uten denne retten har man imidlertid som en naturlig konsekvens

¹²⁵ Se under pkt 4.3

heller ingen rett til beskyttelse som krigsfange dersom man blir tatt til fange.

Men hvis opprørere ikke er stridende skal de ikke da beskyttes mot angrep basert på den negative definisjonen av sivile i TP I? Svaret er ikke her entydig, men konvensjonenes hensikt er som konkludert tidligere å beskytte den uskyldige sivilbefolkningen som ikke deltar i stridighetene. IHR har aldri hatt som formål å beskytte faktisk stridende mot angrep. Dette støttes også av statspraksis der personer mister sin beskyttelse mot angrep dersom de deltar direkte i fiendtlighetene. Dette standpunktet er ukontroversielt, men diskusjonen går høyt rundt hva som kvalifiserer for slik deltagelse og hvilke rettigheter eller plikter de måtte ha. For denne oppgaven kan vi imidlertid konkludere med at medlemmer av slike væpnede grupper vil være lovlige mål for motstanderen.

Enkelte ganger er forvirrende nok personer som deltar direkte i fiendtligheter i en IIVK også blitt kalt *combatant* i internasjonale avtaler. Et eksempel på dette er en resolusjon om respekt for menneskerettighetene i væpnet konflikt vedtatt i FNs Generalforsamling i 1970. Den bruker uttrykket "[...] combatants in all armed conflicts [...]".¹²⁶ Også her må det legges til at forståelsen av begrepet må tolkes som en funksjonell betegnelse som fremhever at personene ikke har rett til beskyttelse mot angrep som sivil. Manglende beskyttelse som sivil gir faktisk stridende allikevel ingen rett til stridende status.

Den samme utfordringen med manglende eller uklare definisjoner får man når en forsøker å definere hvem som skal gis status som sivil i en IIVK ettersom denne gis negativt av stridende. Når det ene begrepet er uklart blir nødvendigvis det andre det samme. Siden nasjonene under arbeidet med TP II ikke kunne enes om en felles tekst valgte man heller å unngå en definisjon av sivile i konvensjonen selv om begrepet brukes i flere av artiklene.¹²⁷ Man kan argumentere for at begrepet "[...] dissident armed forces or other organized armed groups, which under responsible command [...]" henviser til basiskravene for væpnede styrker slik de er definert for en IVK og at alle som ikke tilhører disse styrkene eller gruppene således er sivile.¹²⁸ Dette er imidlertid meget omdiskutert.

Det er klart at i henhold til internasjonal sedvane så er ikke medlemmer av statens væpnede styrker sivile. For medlemmer av andre væpnede grupper er situasjonen uklar. Her diskuteres det om hvorvidt disse i utgangspunktet må klassifiseres som sivile ettersom det ikke finnes noen

¹²⁶ UN General Assembly Resolution 2676 (XXV). Respect for human rights in armed conflicts, art. 5

¹²⁷ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977, art. 13-15 og 17-18

¹²⁸ ICRC (2005) s. 19

formell stridende status, eller om de heller må kunne betraktes som ”stridende” basert på medlemskap i en organisert væpnet gruppe.¹²⁹ Det som imidlertid er klart er at internasjonal sedvane forbyr angrep rettet mot sivile ”[...] unless and for such time as they take a direct part in hostilities.”¹³⁰ Hvis medlemmer i opprørsgrupper i utgangspunktet klassifiseres som sivile skapes en ubalanse mellom dem og medlemmer av statens væpnede styrker. Basert på bestemmelsen i TP II vil angrep på medlemmer av en opprørsgruppe kun være lovlig i det tidsrommet de direkte tar del i stridighetene, mens angrep på statens væpnede styrker vil være lovlig til enhver tid. En slik ubalanse ville unngås dersom medlemmer av opprørsgrupper ble ansett å konstant ta del i fiendtlighetene basert på medlemskap i gruppen eller at de ikke ble ansett som sivile.¹³¹ Dette vil imidlertid skape andre uheldige konsekvenser som jeg vil komme tilbake til.

Beskyttelse mot angrep for sivile er derfor direkte knyttet til deres eventuelle direkte deltagelse i fiendtligheter. Hva dette begrepet inneholder og når grensene for direkte deltagelse starter og slutter er gjenstand for stor debatt.¹³² Ingen konklusjon er foreløpig trukket i dette arbeidet, men det er viktig å understreke at spørsmålet om beskyttelsen mot angrep er helt uavhengig fra spørsmålet om beskyttelse mot arrestasjon og straffeforfølgelse.¹³³ Selv om en ikke kan angripes under IHR som følge av tidligere deltagelse i fiendtligheter, så kan man likevel straffes for handlingene etter nasjonal rett.

4.2 FN-styrkers status

FN-styrker er i dag en viktig aktør i mange konflikter verden rundt. Primært var dette ofte som fredsbevarende styrker, men i de senere år har vi sett en stadig utvikling i retning av mer bruk av FN-styrker også i fredsopprettende operasjoner. Genevekonvensjonene behandler imidlertid ikke FN-styrker eller styrker med FN-mandat forskjellig fra andre. Hvorvidt det sedvanerettslig gjelder andre bestemmelser med tanke på FN-soldaters status blir derfor viktig ettersom norske soldater med jevne mellomrom opererer i FN-uniform.

Bruk, eller trusler om bruk, av væpnet makt mot andre stater er forbudt i henhold til internasjonal rett.¹³⁴ Unntaket er i statlig selvforsvar¹³⁵ og ved et vedtak i FNs Sikkerhetsråd.¹³⁶ På den måten

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977, art. 13(3)

¹³¹ ICRC (2005) s. 21

¹³² Se Melzer (2009) Retningslinjene har etter utgivelse høstet stor debatt blant fagpersoner innen IHR. Se f.eks Journal of International Law and Politics - Volume 42 (2010)

¹³³ ICRC (2005) s. 21

¹³⁴ Charter of the United Nations - June 26, 1945, art. 2(4)

¹³⁵ Ibid. art. 51

kan en si at FN står over nasjonalstatene siden organisasjonen i ytterste konsekvens kan legitimere væpnet maktbruk mot en eller flere nasjonalstaters vilje. Mange ser derfor FN som et slags verdenspoliti med egne regler for maktbruk basert på FNs egne resolusjoner som traktatrett. Det har derfor blitt rettet spørsmål om hvorvidt FN og FN-styrker er underlagt IHR på samme måte som nasjonalstater.

FN som organisasjon er ikke part til Genevekonvensjonene eller noen annen internasjonal avtale innen IHR. FN har derfor insistert på at de er bundet av prinsippene og fundamentet i IHR, men nekter for at organisasjonen nødvendigvis er underlagt de enkelte bestemmelsene.¹³⁷ Det er på samme måte også usikkert om FN er bundet av internasjonal sedvanerett utarbeidet for konflikter mellom stater eller innad i en nasjonalstat. Argumentasjonen for dette varierer, men representanter for FN har hevdet at det synes rart dersom FN kan sees på som part i en konflikt eller som "fienden". De representerer faktisk internasjonal rett og hele verdenssamfunnet, inkludert den staten eller de opprørsgrupper man kjemper mot. Andre hevder at spørsmålet om hvorvidt hele IHR gjelder for FN-styrker avhenger av mandatet styrken er gitt. Dette argumentet strider imidlertid mot prinsippet om at det er den faktiske situasjonen på bakken som avgjør om hvorvidt IHR kommer til anvendelse.¹³⁸

Det man med sikkerhet kan si er imidlertid at den enkelte soldat er bundet av sin egen nasjons forpliktelse til å "[...] respect and to ensure respect [for IHR] in all circumstances."¹³⁹ I tillegg ga FNs Generalsekretær ut en bulleteng i 1999 der han gav retningslinjer for hvordan FN-styrker skulle forholde seg til IHR når de deltar i væpnet konflikt.¹⁴⁰ Her oppsummeres mange, men ikke alle, bestemmelsene innen IHR. Bulletengen instruerer alle FN-styrker til å etterleve dokumentet som stridende i en væpnet konflikt, enten det er fredsbevarende eller fredsopprettende operasjoner. Dokumentet har noe av den samme oppbygningen som TP I og dokumentet kan sees på som en oppsummering av hva som her betraktes som internasjonal sedvanerett. Ingen av bestemmelsene er kontroversielle og overlater eventuell straffeforfølgelse av brudd på bestemmelsene til den enkelte nasjon.¹⁴¹ Men selv om FN-soldater dermed omfattes av prinsippene i IHR gjelder ikke dette automatisk soldatenes status. Dokumentet fremhever at det "[...] does not affect the protected status of members of peacekeeping operations under the 1994 Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel or their status as non-

¹³⁶ Ibid. art. 39, 41, 42

¹³⁷ Sassòli (2007) s. 259

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ GK fellesartikkel 1

¹⁴⁰ Observance by United Nations forces of international humanitarian law, ST/SGB/1999/13

¹⁴¹ Ibid. section 4

combatants, as long as they are entitled to the protection given to civilians under the international law of armed conflict.”¹⁴²

Denne konvensjonen om sikkerhet for FN og dets personell,¹⁴³ sammen med konvensjonen om FNs privilegier og immunitet,¹⁴⁴ danner grunnlaget for FN og dets underliggende organers rettslige status. Konvensjonen fra 1946 gir visse privilegier til FN og dets personell for som det heter ”[...] as may be necessary for the exercise of its functions and the fulfilment of its purposes [...]”.¹⁴⁵ Hva slike rettigheter innebærer vil selvfølgelig variere og skal spesifiseres i en såkalt Status Of Mission Agreement (SOMA) eller Status of Forces Agreement (SOFA) avtale mellom FN og landet organisasjonen opererer i.

Som et ekstremt eksempel på tolkning av konvensjonen fra 1946 er argumentet til enkelte NATO land i forbindelse med de FN autoriserte luftangrepene mot bosniskserbiske artilleristillinger i Bosnia-Herzegovina i 1994-95. Her hevdet man at pilotene ikke var stridende, men heller ”UN experts on mission” som ikke kunne angripes på basis av deres immunitet. En slik argumentasjon overlever imidlertid ikke realitetene i felt. Tanken om at bosniskserbiske soldater ikke skulle beskytte flyene, men heller la seg bombe uten motstand, og senere utlevere pilotene slik at de kunne angripe på nytt dersom de ble tatt til fange er absurd. Det var derfor heller ikke overraskende at Frankrike endret standpunkt så fort to av deres piloter ble skutt ned og krevde krigsfangestatus for sine soldater.¹⁴⁶ Dermed bekreftet staten at man anerkjente at det eksisterte stridende status i hvert fall for egne soldater også når en opererte på vegne av FN.

Konvensjonen om sikkerhet for FN-personell fra 1994 forsøker å forsterke beskyttelsen av FN og dets personell ytterligere. Her spesifiseres det at ”United Nations and associated personnel, their equipment and premises shall not be made the object of attack or of any action that prevents them from discharging their mandate.”¹⁴⁷ Dette gir FN-soldater i praksis immunitet som sivile, og målrettede angrep mot FN-personell i en fredsbevarende operasjon er derfor klassifisert som en krigsforbrytelse.¹⁴⁸ Faktisk går bestemmelsen enda lenger ettersom enhver handling som hindrer FN-personell å utføre sin oppgave anses som ulovlig. Slik immunitet gjelder imidlertid kun i en fredsbevarende operasjon. Konvensjonen gjelder ikke FN-operasjoner med et såkalt

¹⁴² Ibid. section 1.2

¹⁴³ Convention on the safety of United Nations and associated personnel - 9. des 1994

¹⁴⁴ Convention on the privileges and immunities of the United Nations - 13. feb 1946

¹⁴⁵ Ibid. forord

¹⁴⁶ Sassòli (2007) s. 260

¹⁴⁷ Convention on the safety of United Nations and associated personnel - 9. des 1994 , art. 7(1)

¹⁴⁸ Statute of the International Criminal Court - July 17, 1998, art. 8(2)(e)(iii)

kapittel VII mandat.¹⁴⁹ ”This Convention shall not apply to a United Nations operation authorized by the Security Council as an enforcement action under Chapter VII of the Charter of the United Nations in which any of the personnel are engaged as combatants against organized armed forces and to which the law of international armed conflict applies.”¹⁵⁰ Her anerkjennes dermed det faktum at FN-soldater også er å anse som stridende basert på prinsippene i IHR dersom man deltar i kamphandlinger. Selvfølgelig vil mye av det FN-soldater er engasjert i som fredsbevarende styrker aldri overskride den terskelverdien som settes for at IHR skal komme til anvendelse, men som deltagere i vedvarende stridshandlinger eller som fredsopprettende styrke med kapittel VII mandat både kan og har FN-styrker blitt stridende som del av en IVK.¹⁵¹ Når konvensjonen bruker formuleringen *engaged as combatants* må dette imidlertid forstås slik at stridende status kun omfatter bevæpnede FN-soldater. FN-observatører eller annet uniformert FN-personell må fortsatt anses beskyttet på lik linje med sivile og blir ikke lovlige mål basert på medlemskap i organisasjonen selv om de nok vil ha rett til krigsfangestatus.

Den samme konklusjonen gjelder for deltagelse i en IIVK med tanke på ivaretagelse av distinksjonsprinsippet. Den formelle primærstatus som stridende eksisterer her heller ikke for FN-soldater, men på lik linje med nasjonenes egne soldater som er å betrakte som stridende etter internasjonal sedvanerett også i denne typen konflikter, må FN soldater behandles likt når de opererer under et kapittel VII mandat. Dette innebærer at de har rett til å delta i fiendtligheter og har rettslig immunitet mot lovlige krigshandlinger. Det betyr samtidig at FN-soldater i en fredsopprettende operasjon er lovlige mål for motstanderen i henhold til IHR.¹⁵²

4.3 Er statens soldater lovlige mål?

Basert på uenighet om rettslig status og rettsgrunnlag har stater og folkerettsjurister diskutert hvorvidt statens egne soldater er lovlige mål i en IIVK eller ikke. Diskusjonen har til dels vært skarp og lite fokusert på å komme frem til omforente syn som begge sider kan akseptere. Deres

¹⁴⁹ Kapittel VII i FN-traktaten omhandler situasjoner der FN autoriserer bruk av væpnet makt mot en eller flere stater for å tvinge gjennom sine beslutninger. Ofte betegnes dette i resolusjoner som ”all necessary means”. Dette i motsetning til operasjoner med kapittel VI mandat der en eventuell FN-styrke skal observere og rapportere, men ikke har myndighet til å benytte væpnet makt mot partene unntatt i selvforsvar. Tradisjonelt har fredsbevarende operasjoner hatt et kapittel VI mandat, mens fredsopprettende operasjoner utført av en koalisjon ble gitt mandat etter kapittel VII. I dag ser vi en utvikling der FN gir stadig mer robuste mandat til egne styrker, også der man primært har fredsbevarende funksjoner. Et eksempel på dette er MONUSCO i Den Demokratiske Republikken Kongo der man opererer i FN uniformer med et kapittel VII mandat.

¹⁵⁰ Convention on the safety of United Nations and associated personnel - 9. des 1994 , art. 2(2)

¹⁵¹ Dinstein (2010) s. 29

¹⁵² ICRC (2005), rule 33. Tilgjengelig på http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter9_rule33, sist besøkt 14.4.2011

respektive agendaer blir fort fremtredende og man vil gå på bekostning av grunnleggende prinsipper dersom det andre synet vinner frem med sin argumentasjon.

I Norge ble spørsmålet for alvor debattert sommeren 2010. Bakgrunnen for debatten var konflikten i Afghanistan der Norge har bidratt med militære styrker til den NATO ledede operasjonen ISAF¹⁵³ siden 2001. I perioder har man også bidratt med styrker til Operation Enduring Freedom i samme land. Utviklingen i de nordvestre områdene av Afghanistan der de norske soldatene har sitt operasjonsområde var i perioden frem til 2007 relativt rolig. Deretter så man en stadig forverring av sikkerhetssituasjonen frem til 2010 spesielt i de pashtunske områdene. Dette innebar at norske styrker stadig oftere kom i direkte kamphandlinger og operasjonsmønsteret endret karakter fra hva man kan betegne som fredsbevaring til direkte konfrontasjon med ulike opprørsgrupper i en mer fredsopprettende rolle selv om man hele tiden har operert under et kapittel VII mandat fra FN.

Debatten startet den 8. juli da folkerettsjuristene Gro Nystuen og Cecilie Hellestveit gav en utredning om det folkerettslige grunnlaget for Norges militære innsats i Afghanistan i Klassekampen. Her konkluderte de med at konflikten i Afghanistan var en ikke-internasjonal væpnet konflikt i henhold til IHR, men sa samtidig at ”i moderne folkerettslig forstand deltar norske soldater i krig”.¹⁵⁴ De beklaget videre at regjeringen ikke ville anerkjenne dette faktum. Daværende statssekretær i Forsvarsdepartementet, Espen Barth Eide, sa seg enig i klassifiseringen av konflikten, men gav samtidig uttrykk for at skillet mellom krig og ikke-internasjonal væpnet konflikt var meget viktig for norske myndigheter. Begrunnelsen han brukte var at ”I en intern væpnet konflikt kan opprørsgrupper ikke lovlig angripe norske soldater. Dette er drap, som etter landets lover skal etterforskes som kriminelle handlinger. I en mellomstatlig konflikt, [...] vil dette i utgangspunktet regnes som lovlige krigshandlinger. Den enkelte soldat vil da ikke være straffeansvarlig for slike handlinger, så lenge de for øvrig er i tråd med krigens folkerett.”¹⁵⁵

Dette argumentet kan synes fornuftig sett ut fra det faktum at opprørssoldater ikke har status som stridende ettersom denne klassifiseringen ikke finnes i en IIVK. Siden kun stridende har rett til å delta i fiendtligheter etter IHR¹⁵⁶ løper opprørssoldater en risiko for å bli dømt for sine handlinger begått mot norske soldater etter afghansk rett. De kan dømmes for drap og

¹⁵³ International Security Assistant Force.

¹⁵⁴ Nystuen og Hellestveit. *Folkerett og Afghanistan*. I: Klassekampen 8. juli 2010, s. 16

¹⁵⁵ Barth Eide. *Om "krig" og folkerett*. I: Klassekampen 15. juli 2010, s. 17

¹⁵⁶ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977, art. 43(2)

drapshandlingen er per definisjon ulovlig. Nystuen og Hellestveit fremhever på sin side at dette ikke bygger på folkerett. ”Hadde den afghanske stat evnet å straffeforfølge opprørerne og deres medsamsvorne, ville våre soldater ikke vært der. Vi ville neppe hatt folkerettslige hjemler for den type aktivitet vi er engasjert i.”¹⁵⁷ Argumentasjonen går på det faktum at man har to ulike rettsregimer som kommer til anvendelse. Det at en handling kan straffes etter afghansk lov betyr ikke at handlingen nødvendigvis er ulovlig etter IHR. De mener at spørsmålet om straffeforfølgelse er uavhengig av hvorvidt man er et lovlig mål etter IHR. ”Deltar man i krigshandlinger på et så vidt høyt konfliktnivå som man har i Afghanistan, er man lovlige mål etter folkeretten, selv med et FN-mandat i ryggen.”¹⁵⁸

Diskusjonen har sine sterke og svake sider på begge sider og illustrerer problemene i argumentasjonsrekken når spørsmålet om rettslig status både for statens egne væpnede styrker og opprører ikke er avklart. Stater vil ikke anerkjenne at egne styrker er lovlige mål for opprørere uavhengig av klassifikasjon av konflikten. Argumentet er at når verdenssamfunnet gjennom FNs Sikkerhetsråd bidrar med militære styrker for å bevare fred og sikkerhet ulike steder i verden, synes det rart at statenes militære personell skal klassifiseres som lovlige mål for en opprørsgruppe man forsøker å nedkjempe. Dette kan gjerne ses på som en fortsettelse av staters eksklusive rett til myndighetsutøvelse og kan sammenlignes med politiet til daglig. Med politiets ansvar for å bevare ro og orden, kan de om nødvendig ty til voldelig maktbruk. Deres motstandere er etter lov forhindret fra å utøve vold tilbake. Afghanske myndigheter har på samme måte ansvaret for sikkerheten og opprettholdelse av lov og orden i landet. Når internasjonale styrker da gjennom et FN-mandat bistår en stat i dette arbeidet, synes det umiddelbart urimelig at soldatene plutselig skal bli lovlige mål bare voldsnivået blir høyt nok over tid. Som sagt tidligere vil for eksempel FN-soldater i en operasjon med kapittel VI mandat ha immunitet som sivile. På denne måten premieres opprørere dersom de er tilstrekkelig voldelige. Dette har også vært et argument fra norske myndigheter når de presiserer at FNs mandat og ikke minst fordømmelse av alle angrep mot de internasjonale styrkene i Afghanistan må regnes med som del av folkeretten når man skal vurdere om slike angrep kan legitimeres.

Argumentasjon skaper på sin side forskjeller på deltagere i væpnede konflikter avhengig av hvilken side man er på. Dette kan være uheldig, men verken krigshandlinger eller annen maktutøvelse i form av politioppgaver er ment å være rettferdige. Det internasjonale samfunn gjennom FN, på samme måte som stater, mener at deres formål med å bruke makt er bedre enn

¹⁵⁷ Nystuen og Hellestveit (2010) s. 17

¹⁵⁸ Ibid.

formålet til opprørere eller kriminelle. På den måten blir maktbruken i den store sammenhengen *rettferdig* selv om det ikke er *likhet* mellom partene. Utgangspunktet er derfor at statens maktapparat har en særstilling i forhold til de som bryter nasjonal rett. På samme måte bør kanskje statenes egne militære styrker ha en særstilling når de deltar i militære operasjoner med FN-mandat på vegne av verdenssamfunnet. Argumentet om likebehandling i IHR, slik det fremkommer i regelverket for IVK, er bygget på statssuverenitetsprinsippet i FN om at alle stater er like og skal behandles likt i like tilfeller. De må derfor nødvendigvis likestilles i en IVK ettersom det i de fleste tilfeller vil være stor diskusjon og uenighet om hvilken stat som eventuelt bryter maktforbudet. I en IIVK er det ingen slik diskusjon ettersom staten er suveren.

På den annen side blir en slik argumentasjon fort en *jus ad bellum* diskusjon der man rettferdiggjør sin militære maktbruk basert på formålet med innsatsen. En argumentasjon som ikke skal gjelde innenfor dette rettsområdet. Det kan føre til utstrakt misbruk fra både stater og opprørsgrupper til å legitimere egen maktbruk. Nettopp derfor ble krigsbegrepet fjernet fra folkeretten i mellomkrigstiden fordi ingen stater vedgikk at det var krig de bedrev. Begrepet er blitt erstattet av to separate kategorier, nemlig maktforbudet slik det blant annet fremkommer i FN-pakten og anvendelse av IHR dersom vilkårene for væpnet konflikt er oppfylt etter Genevekonvensjonenes fellesartikler 2 og 3. Disse skal virke helt uavhengige av hverandre og styres ikke av den enkelte stats vurdering, men av den faktiske situasjonen på bakken. Her kommer en raskt tilbake til kjernen i spørsmålet om hvorfor enkelte stater har valgt å ikke anerkjenne verken TP I eller TP II. USA og Israel har argumentert sterkt for at dette regelverket åpner for legitimering av opprørsgrupper. Om ikke i forhold til maktbrukens hensikt, så i hvert fall i forhold til anvendelsen av et regelverk som skiller seg fra annen *jus* ved å ikke vurdere bakgrunnen for handlingen. Norge har på den andre siden ratifisert begge tilleggsprotokollene og argumentert for å implementere mest mulig av regelverket for IVK også i en IIVK. Håpet er at dette skal regulere krigføringen og føre til mindre lidelse både blant sivilbefolkningen og de faktisk stridende. Den logiske konsekvensen må da imidlertid være at vi er villig til å likebehandle våre motstandere også i en IIVK i forhold til de bestemmelsene som er traktatfestet eller å anse som internasjonal sedvanerett.

Selv om statusbegrepet ikke er definert må en allikevel se på intensjonen bak bestemmelsene når en skal drøfte hvorvidt statens soldater er lovlige mål. For sivile presiseres det at de ikke kan utsettes for angrep *unless and for such time as they take a direct part in hostilities*. Når lovverket argumenterer på en slik måte for at sivile, som i utgangspunktet skal beskyttes, kan bli lovlige mål dersom de deltar direkte i fiendtlighetene blir det vanskelig å argumentere for en holdning

der statens væpnede styrker ikke blir lovlige mål uavhengig av funksjon. De deltar faktisk også direkte i fiendtlighetene. Uavhengig av klassifisering synes det uansett vanskelig å argumentere for en utvidet beskyttelse av soldater i forhold til sivilbefolkningen.

Spørsmålet om hvorvidt statens soldater er lovlige mål bunner således i en noe mer akademisk diskusjon om hvorvidt man tar utgangspunkt i nasjonal lovgivning eller IHR. Angrep på soldater er klassifisert som drap i nasjonal lovgivning og kan straffes som det etter alminnelig nasjonal strafferett. Angrep på dem er derfor ulovlig i henhold til nasjonal rett og soldatene kan derfor ikke betegnes som legitime eller lovlige mål. Dette argumentet støttes gjennom fordømmelser fra FN. Angrep på soldater kan imidlertid ikke sies å være ulovlig i henhold til IHR ettersom selv sivile kan bli lovlige mål dersom de deltar i fiendtlighetene. Dette regelverket bygger på likebehandlingsprinsippet slik det fremgår av fellesartikkel 3. Norske og andre internasjonale soldater i operasjoner utenlands med kapittel VII mandat må derfor kunne sies å være lovlige mål i henhold til IHR.

Sett bort fra den tekniske diskusjonen om hvorvidt norske soldater er lovlige mål eller ikke, så er det praktiske spørsmålet i hvilken grad den ene eller andre tilnærmingemetoden gir egne soldater størst mulig grad av beskyttelse. I tillegg til gjengjeldelseeffekten, må det viktigste argumentet med å klassifisere angrepene som ulovlige være å bruke straff preventivt for å avskrekke opprørere fra slike handlinger. Tror vi det blir færre angrep dersom dette betraktes som ulovlig? Jeg har verken funnet tall eller undersøkelser som indikerer dette. Realiteten i en væpnet konflikt er at voldsnivået allerede er høyere enn det som kan betraktes som myndighetsutøvelse til tross for at trusselen om straffeforfølgelse for voldsbruk alltid har ligget der. At man kan argumentere for at angrep på egne soldater er ulovlig bidrar derfor til legitimering overfor egen opinion, men har antagelig liten eller ingen reell beskyttelseeffekt for soldatene i felt. Samtidig ønsker vi at bestemmelsene i IHR skal implementeres i så stor utstrekning som mulig også av våre motstandere for å minske de menneskelige lidelsene. Ved å si til motstanderne våre at de kan angripes, men at de vil bryte IHR dersom de skyter tilbake vil neppe bidra til økt forståelse for viktigheten av å implementere IHR. Motstanderen vil mest sannsynlig heller se dette som nok en trussel og derfor ty til mer asymmetriske midler og metoder for å omgå denne skjevheten. Dette er ikke ønskelig og kan utgjøre en ytterligere risiko for egne soldater og sivile. De lege ferenda burde man kanskje derfor anerkjenne at IHR gjelder fullt ut og ikke forkuldre debatten med å trekke inn folkerettslige grunner til at norske soldater ikke skulle være lovlige mål i en IIVK. Det gir mer legitimitet til egen argumentasjon dersom man forventer at IHR følges fra begge sider. Om opprørsbevegelser allikevel fortsetter å bryte bestemmelser om krav til distinksjon og

manglende beskyttelse av sivile, så gir det kun egne soldater økt respekt og økt reell beskyttelse siden man selv har forholdt seg til regelverket.

4.4 Rettigheter ved tilfangetakelse

Jeg har tidligere konkludert med at opprørsstyrker ikke har rett til å delta i fiendtligheter basert på manglende stridende status. Opprørere er samtidig lovlige mål å angripe dersom de allikevel deltar direkte i fiendtlighetene¹⁵⁹ selv om grensene for slik deltagelse er omstridt.¹⁶⁰

Der stridende får krigsfangestatus dersom de blir tatt til fange av motstanderen i en IVK finnes det ingen slik sekundærstatus i en IIVK. Det finnes faktisk ingen bestemmelser i traktatretten som sier noe om retten til å ta fanger i denne typen konflikter i det hele tatt. Fellesartikkel 3 nevner kun "[...] those placed `hors de combat` by [...] detention [...]" og TP II at "[...] the following provisions shall be respected as a minimum with regard to persons deprived of their liberty".¹⁶¹ En klar hjemmel finnes allikevel i de konflikter der det foreligger et mandat fra Sikkerhetsrådet som autoriserer bruk av *all necessary means*. Siden dette begrepet inkluderer bruk av dødelig makt inkluderer det naturligvis også sikkerhetsinternering av personer. En slik tolkning er blitt støttet av Den europeiske menneskerettsdomstolen.¹⁶² Det er samtidig helt klart at statspraksis tilsier at det er sedvanerettslig adgang til å sikkerhetsinternere personer også i en IIVK så lenge årsaken til interneringen eller frihetsberøvelsen er basert på en konkret trussel. Spørsmålet om hvor lenge personer kan holdes fanget eller internert er det imidlertid ingen sedvanerett på, selv om det synes som om stater legger til grunn at fanger kan interneres så lenge den spesifikke trusselen foreligger. Som ved krigsfangenskap er hensikten med slik sikkerhetsinternering utelukkende å holde personer utenfor stridighetene. Man må derfor foreta en løpende vurdering av grunnlaget for videre sikkerhetsinternering. Det betyr ikke at man kan holde personer fanget på ubestemt tid i påvente av en rettssak. Hvis målet i en IIVK er å rettsforfølge personene vil ordinære krav til rettsbehandling i den aktuelle stat komme til anvendelse.

¹⁵⁹ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977, art. 13(3)

¹⁶⁰ Se pkt. 4.1

¹⁶¹ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977, art. 5(1)

¹⁶² The European Court of Human Rights: Application no. 78166/01 by Ruzhdi Saramati against France, Germany and Norway, art. 124

Som fange gjelder primært minimumsrettighetene i fellesartikkel 3. Her sikres retten til human behandling og ikke minst grunnleggende rettssikkerhet.¹⁶³ I tillegg har både TP I og TP II utformet et sett med grunnleggende rettigheter til alle som aktivt har deltatt i væpnet konflikt og som ikke kvalifiserer til annen mer fordelaktig beskyttelse.¹⁶⁴ Disse grunnleggende rettighetene er ikke identiske og gjenspeiler den realiteten at de er utformet for henholdsvis en IVK¹⁶⁵ og IIVK.¹⁶⁶ Begge artiklene er imidlertid å betrakte som internasjonal sedvanerett og derfor også bindende for stater som av ulike årsaker ikke har ratifisert en eller begge tilleggsprotokollene. Dette betyr at opprørere ikke kan straffes uten dom avsagt av en "[...] court offering the essential guarantees of independence and impartiality."¹⁶⁷ På den måten gis opprørere rettssikkerhet selv der de ikke likebehandles som de facto stridende på linje med statens egne soldater.

Så kan man spørre seg om ikke opprørere som følger IHR burde fått utvidede rettigheter basert på prinsippet om likebehandling i IHR. Spesielt gjelder kanskje dette i forhold til å gi faktisk stridende amnesti etter endt krigshandling. Å få et samfunn på fote igjen etter væpnet konflikt krever en forsoningsprosess blant befolkningen. Spesielt viktig blir dette i en IIVK der befolkningen mest sannsynlig skal leve i sameksistens også etter krigshandlingene er opphørt. Derfor inneholder også IHR bestemmelser om dette. "At the end of hostilities, the authorities in power shall endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, whether they are interned or detained."¹⁶⁸ En slik forsoningsprosess er lettere dersom partene anerkjenner hverandres rett til væpnet kamp og man har kjempet innen rammen av prinsippene i IHR. Faktisk stridende som har ivaretatt distinksjonsprinsippet vil derfor lettere både kunne få rettslig amnesti basert på IHRs bestemmelser, men også lettere oppleve en forståelse og aksept for sine handlinger blant befolkningen. Selv om opprørere ikke får noen flere formelle rettigheter om de følger IHR så eksisterer det dermed i praksis en større aksept og anerkjennelse for opprørere som velger å gjøre dette i sine operasjoner.

Å gi andre enn definerte stridende anerkjennelse i form av immunitet mot straffeforfølgning er omdiskutert. Mange stater og konservative folkerettsjurister kritiserer en slik oppmykning fordi

¹⁶³ Se pkt. 3.2

¹⁶⁴ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977, art. 45(3)

¹⁶⁵ Ibid. art. 75

¹⁶⁶ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977, art. 4 og 5

¹⁶⁷ Ibid. art. 6(2)

¹⁶⁸ Ibid. art. 6(5)

de mener det vil skape gråsoner som i sin tur utvanner distinksjonsprinsippet og gi beskyttelse til personer som tyr til terror. Denne kritikken kan jeg til en viss grad si meg enig i, men ser allikevel at å anerkjenne opprørere enkelte rettigheter gir politisk mening. De lege ferenda må vi ta inn over oss det faktum at de fleste av dagens konflikter er IIVK der de faktisk stridende ikke fullt ut møter kravene til distinksjon fra sivilbefolkningen. Faktisk gjelder dette også mange av dagens IVK på grunn av asymmetrien vi ser mellom partene. Å holde alle ikke-regulære soldater utenfor enhver rettighet som stridende, selv om de overholder prinsippene i IHR i sine operasjoner, er å overlate denne typen konflikter til lovløshet. Politisk sett gir det derfor mening å sende ut et signal til opprørere og andre irregulære styrker at det er deres ansvar om de ønsker å bli behandlet som stridende, eller kvasi-stridende, eller om de ønsker å bli behandlet som kriminelle. Jeg tror ikke en slik oppmykning av regelverket vil føre til ytterligere gråsoner. Hvis de ønsker økte rettigheter må de som et minimum overholde prinsippene i IHR. Jeg tror heller ikke det vil føre til mindre beskyttelse av sivilbefolkningen eller økt beskyttelse av terrorister ettersom angrep på sivile uansett er forbudt i enhver væpnet konflikt. Hvis opprørere med overlegg retter sine angrep mot sivile vil de kunne straffes som krigsforbrytere. Å bli konvertert fra kriminell til krigsforbryter gir ingen økt beskyttelse.

4.5 Delkonklusjon

Regelverket for en IIVK er de senere år i økende grad styrt av internasjonal sedvanerett. Forskjellene mellom IVK og IIVK er dermed blitt mindre med tanke på hvilke regler som gjelder. Resultatet er økt beskyttelse av sivilbefolkning og en større mulighet for det internasjonale samfunn til å gripe inn overfor stater eller opprørere som begår overgrep. Enkeltpersoners status er her unntaket. Væpnet opprør er forbudt og verdens stater vil derfor ikke gi motparten privilegiet som stridende. Dette er helt forståelig, men skaper samtidig utfordringer da det skaper en ubalanse mellom partene, noe som ikke passer inn i prinsippet om likebehandling av partene i IHR. Samtidig griper nasjonal rett inn i den væpnede konflikten og gjør det uklart hva som gjelder avhengig av hvilket rettsområde man tar utgangspunkt i. Partenes egeninteresser hindrer dermed et klart regelverk.

FN synes å ha en tilnærming som er ganske klar og konsis. Årsaken er trolig at ingen nasjonal rett påvirker konklusjonen. FN-personell er å betrakte som sivile dersom de deltar i en fredsbevarende operasjon. Det er dermed en krigsforbrytelse å rette direkte angrep mot dem. Til gjengjeld kan FN-styrkene i en slik operasjon kun benytte dødelig makt i selvforsvar. Har

imidlertid operasjonen et kapittel VII mandat, der en gir tillatelse til å benytte *all necessary means*, er FN-soldater, enten de opererer i FN uniform eller som del av en koalisjon med FN mandat, å betrakte som stridende personell og dermed ikke beskyttet. Jeg tror en slik tilnærming også ville være formålstjenlig for stater når de uttaler seg om egne soldater. Det vil øke forståelsen for IHR samtidig som det trolig ikke går ut over soldatenes reelle beskyttelse. Eventuell straffeforfølgning kan så overlates til det sivile rettsvesen og nasjonal strafferett.

5 Enkeltpersoners status i juridisk litteratur

5.1 The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict

I et forsøk på å sammenfatte og konkretisere utfordringene i forhold til IHR i en IIVK, publiserte en rekke sentrale folkerettsjurister i 2006 *San Remo Manual relating to Non-International Armed Conflicts*.¹⁶⁹ Denne manualen ble skrevet i tråd med den velkjente *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, som ble publisert i 1995 og som er blitt et ledende verk om hvordan væpnet konflikt skal utkjempes til havs. Selv om denne ikke på noen måte er autoritativ i form av at stater har undertegnet dokumentet, har manualens vurderinger blitt så sentrale at den benyttes av de fleste land som et grunnlag for undervisning og sedvanerett innen sjøkrig. Den nye manualen om IIVK har absolutt ikke oppnådd samme status ennå, og kanskje den heller aldri vil få det ettersom temaet er mye mer omdiskutert. Den kan derfor ikke anses som uttrykk for sedvanerett, men heller som et forsøk på å konkretisere og operasjonalisere de viktigste prinsippene på området. Manualen har derfor en viktig funksjon i å gi soldater og andre som benytter IHR i sitt praktiske arbeid gode retningslinjer for hvordan de skal opptre og hva som er gjeldende rett i en IIVK. Manualen må derfor leses som en manual og status i dette dokumentet blir i første rekke vurdert i forhold til hvordan overholde distinksjonsprinsippet på slagmarken.

For å unngå dagens praktiske utfordringer med tanke på kategorisering av personell i en IIVK har forfatterne av manualen innført et nytt begrep, *fighters*. I manualen defineres fighters som "[...] members of armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups, or taking an active (direct) part in hostilities."¹⁷⁰ Selv om definisjonen har klare likhetstrekk med Genevekonvensjonenes definisjon på stridende er begrepet innført med tanke på å unngå misforståelser og sammenblanding av den juridisk bindende termen stridende som vi finner i IHR. Målet med begrepet i manualen er ikke å argumentere for å gi denne gruppen rettigheter som stridende, men heller se på hvordan man kan løse distinksjonsprinsippet i en mer praktisk kontekst på slagmarken.¹⁷¹ Derfor presiseres det også i manualen at *fighters* begrepet ikke finnes i noen bindende traktat og at begrepet kun brukes for å få frem manualens hensikt.¹⁷² Manualen vurderer derfor heller ikke eventuell nasjonal lovgivning som måtte komme til anvendelse i en IIVK, men forholder seg kun til hva som er tillatt og hva som er forbudt i forhold til IHR.

¹⁶⁹ Schmitt et al. (2006)

¹⁷⁰ Ibid. s. 4

¹⁷¹ Etter samtale med professor Michael Schmitt under seminar om "The manual on air and missile warfare" på Luftkrigsskolen i Trondheim 12.-14. januar 2011

¹⁷² Schmitt et al. (2006)

Som det fremgår av definisjonen dekker *fighters* begrepet både medlemmer av statens væpnede styrker og medlemmer av organiserte væpnede grupper. Dette betyr at partene likebehandles i forhold til distinksjonsprinsippet på samme måte som for stridende i en IVK.¹⁷³ Manualen bruker denne likebehandlingen gjennomgående i sin beskrivelse av hvilke rettslige prinsipper som gjelder i en IIVK. For eksempel sies det at “attacks must be directed only against fighters or military objectives.”¹⁷⁴ Likheten til TP I artikkel 48 er slående og er kun et eksempel der manualen benytter sedvanerett til å etablere et praktisk gjennomførbart skille mellom personer som deltar i fiendtligheter og dermed lovlig kan angripes og personer som ikke deltar og derfor har rett til beskyttelse.

Med en slik kategorisering av personell opprettholdes prinsippet om likebehandling av alle parter innen IHR uavhengig av jus ad bellum kriterier. Samtidig unngår man den potensielle forskjellsbehandlingen mellom statens væpnede styrker og andre organiserte væpnede grupper ved at statens egne styrker er lovlige mål til enhver tid. Når begge parter er *fighters* har de derfor i henhold til IHR begge en rett til å delta i fiendtligheter samtidig som de lovlig kan utsettes for angrep fra motstanderen basert på medlemskap. På den måten unngås også diskusjonen om hvorvidt man oppfyller kriteriene for direkte deltagelse. Både soldater i staters væpnede styrker og medlemmer av organiserte væpnede grupper er lovlige mål til enhver tid i konflikten uavhengig av aktivitet. Manualens forslag til klassifikasjon er derfor tiltalende som retningslinjer for soldater og andre som skal benytte bestemmelsene i praksis. Her er det enkle og konsise regler som fungerer ettersom soldater og offiserer må kunne ta raske, men allikevel vanskelige avgjørelser om hvorvidt en person eller et objekt er lovlig mål eller ikke, ofte basert på et ufullstendig og komplisert informasjonsgrunnlag.

Den største utfordringen med en slik kategorisering er at det i dagens asymmetriske konflikter er vanskelig å fastslå hvem som er medlemmer av en organisert væpnet gruppe, og hvor langt et slikt medlemskap eventuelt går. For statens væpnede styrker er det relativt klart hvem som er medlemmer ettersom alle bærer uniform, har identifikasjonspapirer og det føres lister over styrkens personell. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om et slikt medlemskapskriterium også her kan strekkes for langt i enkelte tilfeller. For landet der konflikten pågår er det kanskje naturlig at landets væpnede styrker er lovlige mål for motstanderen til enhver tid. Er det imidlertid like logisk at enhver soldat fra et troppebidragende land i en koalisjon er det? For soldaten i felt kanskje, men mange vil nok reagere på en slik tolkning dersom soldater i den

¹⁷³ Se GK fellesart. 2

¹⁷⁴ Schmitt et al. (2006) s. 18

norske marinen utsettes for et angrep i Norge fra opprørere med tilknytning til Afghanistan. Marinesoldatene har aldri vært i konfliktområdet og er heller ikke tiltenkt en rolle her, men er allikevel medlemmer av Norges væpnede styrker. Eller hva med soldater inne til førstegangstjeneste i Telemark bataljon? Disse kan om et par år bli soldater i Afghanistan, men er det rimelig at de karakteriseres som lovlige mål i dag? Her kommer utfordringene med fredsopprettende operasjoner klart til uttrykk i forhold til en IVK der partene er klart definerte og enhver militær kapasitet anses som lovlig mål. Dette kan kanskje løses ved at kun de spesifikke troppebidragene i operasjonsområdet anses som *fighters*. Da gjenstår allikevel fortsatt det samme problemet i forhold til likebehandling som tidligere, ved at organiserte væpnede grupper ikke lovlig kan angripe statens soldater under opplæring, permisjon, forsyningssystemer og lignende. Dermed blir ikke likebehandlingsproblemet fullt ut løst allikevel.

For en organisert væpnet gruppe er det ikke like lett å definere hvem som er medlemmer ettersom strukturen ofte er relativt løs, de bærer ingen eller minimalt med kjennetegn og det finnes ingen medlemslister eller organisasjonskart. Mange slike grupper som for eksempel Hamas eller Hizbollah har også både sivile og militære deler av organisasjonen. Det er ikke umiddelbart logisk at Hamas medlemmer som yter velferdstjenester til befolkningen er lovlige militære mål basert på medlemskap. Samtidig har den teknologiske og organisatoriske utviklingen gjort det vanskeligere å skille den tradisjonelle frontlinjen fra resten av slagfeltet, slik tanken var da man i Haagkonvensjonen snakket om at "the armed forces of the belligerent parties may consist of combatants and non-combatants."¹⁷⁵ En slik inndeling har i praksis ikke overlevd moderne krigføring. Gjeldende traktater¹⁷⁶ eller sedvanerett opprettholder derfor heller ikke dette skillet. Dagens konfliktbilde gjør ulike logistikkoppgaver, informasjonsoperasjoner, planlegging og ikke minst ledelse til en integrert del av den stridende styrke og ingen medlemmer bortsett fra medisinsk personell og geistlige har derfor noen spesiell beskyttelse mot angrep.¹⁷⁷ Manualens medlemskapskriterium er således et praktisk forsøk på å skape likebehandling av faktisk stridende på begge sider, men den klarer ikke helt å sette de nødvendige grensene for når slikt medlemskap faktisk eksisterer slik jeg har vist over.

Enkelte har tatt til orde for en noe mer funksjonell tilnærming der *fighters* ville omfatte den grunnleggende militære stabstruktur og også i en ikke-statlig organisasjon. Tolkningen vil selvfølgelig alltid være gjenstand for diskusjon, men dette kan i hvert fall danne en struktur for

¹⁷⁵ Convention respecting the laws and customs of war on land - October 18, 1907, art. 3

¹⁷⁶ Se GK TP I art. 43

¹⁷⁷ Watkin. *Humans in the cross-hairs: Targeting and assassination in contemporary armed conflict I*: New wars, new laws? (2005), s. 146

hvem man kan anse som lovlig mål basert på medlemskap. En person som utover kontroll over planlegging eller logistikkfunksjoner integrert i organisasjonen vil bli en *fighter*, mens andre som for eksempel kun skaffer økonomiske midler ikke vil kunne sies å være et lovlig mål i henhold til IHR.¹⁷⁸ De kan imidlertid anses å støtte kriminell virksomhet og dermed dømmes etter sivile lover, men dette faller utenfor IHRs virkningsområde. Å finne denne grensen for når en person er å anse som *fighter* er tilnærmet lik diskusjonen om når en person kan anses å ta *direct part in hostilities*. Dette forholdet vil drøftes i detalj under.¹⁷⁹

Et slikt skille vil helt klart bidra til å skille militære og sivile oppgaver, men det vil fortsatt være vanskelig å skille mellom sivile og faktisk stridende i en organisasjon med en integrert sivil/militær struktur. Er for eksempel Al-Qaedas ledere som oppfordrer til væpnede aksjoner lovlige militære mål etter IHR, og således lovlige mål for militære aksjoner uansett tidspunkt og sted, eller oppfordrer de kun til kriminell virksomhet og må betraktes som sivile ledere som kan straffes for dette etter reglene for kriminalitetsbekjempelse. I så fall blir det vanskelig å forsvare målrettede angrep mot disse personene i lys av menneskerettighetene.¹⁸⁰ Medlemskapskriterium kan derfor synes som attraktivt i utgangspunktet, men passer allikevel ikke veldig godt på de nye krigene og hvordan disse krigene i praksis utkjemper. Væpnede gruppene er ikke så organiserte som prinsippet må ha som utgangspunkt dersom det skulle fungert optimalt i praksis.

Spørsmålet er også om ikke manualen går for langt ved i tillegg å inkludere sivile som tar direkte del i fiendtlighetene i definisjonen av *fighters*. IHR legger jo ikke opp til å likebehandle sivile som deltar i fiendtlighetene med stridende. Det er kun beskyttelsen som opphører "[...] unless and for such time as they take a direct part in hostilities."¹⁸¹ Denne begrensningen kan ikke anses som internasjonal sedvanerett, men de fleste land har ratifisert tilleggsprotokollen og har sagt seg enig i denne tolkningen. ICRC har også gjennom sine vurderinger rundt direkte deltagelse støttet en slik tolkning at deltagerer får tilbake sin beskyttelse som sivil når de avslutter sin deltagelse. Ved å inkludere sivile som direkte tar del i fiendtlighetene i *fighter* begrepet gjøres også disse til lovlige mål til enhver tid. For soldaten på bakken gjør kanskje ikke dette noen stor forskjell. Han eller hun må uansett på stedet gjøre seg opp en formening om hvorvidt personer på slagmarken

¹⁷⁸ Ibid. s. 154

¹⁷⁹ Se under pkt. 5.2

¹⁸⁰ Et eksempel på dette er drapet på Osama bin Laden. Kan dette forsvares som et militært angrep på en lovlig stridende etter IHR som del av krigen mot terror? Er det alternativt myndighetsutøvelse der man tok livet av bin Laden i det han motsatte seg arrest, eller er det et folkerettsstridig målrettet drap på en sivil leder for Al-Qaeda? Konklusjonen er vanskelig å trekke med dagens informasjon rundt drapet, og ulike personer og grupper har ulik vurdering av dette spørsmålet.

¹⁸¹ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977, art. 13(3)

deltar i fiendtlighetene eller om de har krav på beskyttelse som sivile. For offiserer som planlegger og gjennomfører målrettede angrep mot personer med langtrekkende våpen utenfor et tradisjonelt stridsfelt stiller imidlertid dette seg annerledes. Hvor går grensen for deltagelse og hvilken terskel settes for “[...] a sufficient causal relationship between the active participation and its immediate consequences.”?¹⁸² Dette gjør ikke manualen noe forsøk på å avklare utover at direkte deltagelse ikke omfatter generelle bidrag til krigsinnsats som for eksempel arbeide på en ammunisjonsfabrikk.¹⁸³ Manualen har således ikke et fullgodt svar på hvordan personer bør klassifiseres, men ved å sammenligne regelverket for IVK med regelverket og sedvanerett i IIVK har de klart å lage retningslinjer for hvordan prinsippene rundt distinksjon skal forstås for soldaten på bakken. På den måten bidrar manualen til i praksis å skille ulike former deltagere fra sivilbefolkningen.

5.2 ICRC og Direct participation in hostilities

ICRC har som forvalter av Genevekonvensjonene sett med bekymring på utviklingen der flere og flere stater, etter deres oppfatning, har forsøkt å utfordre IHR og de forpliktelser man har i en væpnet konflikt. Spesielt gjelder dette i forhold til beskyttelse av sivilbefolkningen. En av de tingene ICRC har reagert på i den forbindelse er vurdering av enkeltpersoners rettslige status. De er helt kategoriske på at det i IHR kun finnes to statuskategorier, sivile og stridende. Ethvert forsøk på å definere personer utenfor en av disse kategoriene er derfor basert på en feiltolkning av konvensjonene og oppfattes som et forsøk på å undergrave enkeltpersoners rettigheter og krav på beskyttelse. Som de påpeker i kommentarene til TP I:

All members of the armed forces are combatants, and only members of the armed forces are combatants. This should therefore dispense with the concept of "quasi-combatants", [...] Similarly, any concept of a part-time status, a semi-civilian, semi-military status, a soldier by night and peaceful citizen by day, also disappears.¹⁸⁴

En slik holdning medfører at man i en IIVK kun kan snakke om stridende på statens side. På opprøreres side finnes det kun sivile som eventuelt mister sin rett til beskyttelse “[...] unless and

¹⁸² ICRC kommentar til TP II para. 4787, tilgjengelig på <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/475-760019?OpenDocument>, sist besøkt 18. mai 2011

¹⁸³ Schmitt et al. (2006) s. 5

¹⁸⁴ ICRC kommentar til TP I para. 1677, tilgjengelig på <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750053?OpenDocument>, sist besøkt 18. mai 2011

for such time as they take direct part in hostilities.”¹⁸⁵ Et sentralt spørsmål blir da selvfølgelig tolkningen av når sivile mister sin beskyttelse mot angrep fordi de selv velger å ta del i fiendtlighetene. Dette ledet frem til den såkalte Direct Participation in Hostilities (DPH) studien.¹⁸⁶ Studiens hensikt var ikke å endre loven, men å utdype begrepet innenfor dagens rammer.¹⁸⁷ I denne oppgaven skal jeg som sagt tidligere ikke gå inn og vurdere de ulike kriteriene for deltagelse, men fokusere på hvilke konsekvenser en slik klassifisering får for enkeltpersoners rettigheter og plikter i en IIVK. Ett kriterium må imidlertid vurderes ettersom det er helt essensielt i forhold til enkeltpersoners status, og det er spørsmålet om medlemskap i en væpnet gruppe. Først allikevel et par generelle bemerkninger til direkte deltagelse i fiendtligheter.

I utgangspunktet høres et slikt standpunkt med to klare statuskategorier forlokkende enkelt ut. Enten er man sivil og har krav på beskyttelse mot krigshandlinger bortsett fra når en akkurat direkte deltar, eller så er man stridende og har de rettigheter som det medfører. Virkeligheten er imidlertid annerledes.

I forhold til retten til å delta i fiendtlighetene medfører ikke et slikt standpunkt noen større endring. Statens væpnede styrker har denne retten som stridende, mens sivile mangler den. Dette stemmer også godt overens med nasjonal rett som gir statens egne styrker monopol på legitim maktbruk. Forskjellen er at der nasjonal rett forbyr væpnet maktbruk mot staten og dens maktapparat, så har ikke IHR noe forbud mot at sivile deltar i fiendtlighetene selv om det presiseres at de da mister sin rett til beskyttelse.

I forhold til spørsmålet om hvorvidt partene da er lovlige mål begynner imidlertid utfordringene å oppstå. Jeg har tidligere drøftet forholdet om hvorvidt statens egne styrker kan anses som lovlige mål og konkludert med at dette avhenger av hvilket rettsområde som benyttes. I forhold til IHR kan man, som jeg har argumentert for tidligere i oppgaven,¹⁸⁸ imidlertid konkludere med at statens egne styrker må kunne anses som stridende og dermed er lovlige mål for opprørerne til enhver tid, i hvert fall i det spesifikke operasjonsområdet den væpnede konflikten pågår.

Fordi stridende status ikke finnes i en IIVK er opprørerne i utgangspunktet i følge ICRC beskyttet som sivile så lenge de ikke direkte deltar i fiendtlighetene. ICRC trekker frem tre kriterier som må være tilfredsstillende for at man skal kunne definere det som direkte deltagelse. For

¹⁸⁵ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977, art. 13(3)

¹⁸⁶ Melzer (2009)

¹⁸⁷ Ibid. s. 6

¹⁸⁸ Se over pkt 4.3

det første må det være handlinger begått i den hensikt å hindre militære operasjoner eller skade motstanderen (*threshold of harm*). For det andre må det være en direkte sammenheng mellom handlingen og skaden som oppstår (*direct causation*), og for det tredje må det være handlingen være direkte forbundet med fiendtlighetene i den væpnede konflikten (*belligerent nexus*).¹⁸⁹ Så lenge man oppfyller disse kriteriene er enkeltpersoner et lovlig mål, hvis ikke er man beskyttet som sivil. ICRC legger samtidig stor vekt på at man ikke mister retten til beskyttelse utover den perioden man faktisk deltar. Dette betyr at man får tilbake sin beskyttelse som sivil etter at man har fjernet seg fra stridsfeltet. En slik snever tolkning har imidlertid høstet stor debatt blant folkerettsjurister etter at DPH studien ble fremlagt. I praksis betyr nemlig dette at opprørere kun kan angripes når de utgjør en direkte reell trussel, noe som allerede i de fleste tilfeller vil være dekket av den grunnleggende retten til selvforsvar.

ICRC innser imidlertid at en slik individuell tilnærming ikke alltid er tilpasset krigens realiteter. Når det gjelder væpnede opprørsgrupper i en IIVK hevder ICRC derfor at disse selvfølgelig ikke har kollektivt rettigheter som stridende, men at de allikevel må kunne sies å være "[...] the armed forces of a non-State party to the conflict."¹⁹⁰ Medlemmer av en slik gruppe skiller seg fra sivilbefolkningen ved at deres funksjon er å ta direkte del i fiendtligheter. Definisjonskriteriet for slikt medlemskap blir derfor at de tilfredsstiller det de kaller en *continuous combat function*. Denne formuleringen finnes ikke noen konvensjoner, men ICRC mener at formuleringen *armed forces* i fellesartikkel 3 også inkluderer slike ikke-statlige organisasjoners væpnede styrker. De påpeker imidlertid at denne formuleringen "[...] refers exclusively to the armed or military wing of the non-state party; its armed forces in a functional sense."¹⁹¹ Den inkluderer for eksempel ikke politiske bevegelser selv om disse har nær kontakt med organisasjonens stridende fløy eller væpnede grupper. Medlemskap i en organisert væpnet gruppe defineres dermed, i motsetning til for regulære militære styrker, ikke gjennom uniform eller ID-kort, men gjennom funksjon:

[...] membership must depend on whether the continuous function assumed by an individual corresponds to that collectively exercised by the group as a whole, namely the conduct of hostilities on behalf of a non-State party to the conflict [...] the decisive criterion for individual membership in an organized group is whether a person assumes a continuous function for the group involving his or her direct participation in hostilities (hereafter: "continuous combat function") [...] requires

¹⁸⁹ Schmitt. *Deconstructing direct participation in hostilities*. I: International law and politics. Vol. 42 (2010), s. 712-713

¹⁹⁰ Melzer (2009) s. 27

¹⁹¹ Ibid. s. 32

lasting integration into an organized armed group acting as the armed force of a non-State party to an armed conflict.¹⁹²

Denne beskrivelsen av *continuous combat function* går langt på vei i retning av å begrense betydningen av Genevekonvensjonenes formulering om "[...] unless and for such time as [...]"¹⁹³ Med en slik forståelse vil et medlem av en opprørsgruppe ikke få tilbake beskyttelse som sivil dersom han midlertidig setter fra seg våpenet sitt på besøk hos familien. På samme måte vil en som plasserer ut improviserte sprenglegemer også kunne angripes etter han har fullført jobben og en opprørsleder kan angripes uansett hvor han måtte befinne seg og uansett hva han i øyeblikket gjør. På mange måter forsøker ICRC her å definere medlemmer av en organisert væpnet gruppe på en måte som minner om medlemskap i en stats væpnede styrker. Medlemmene av slike grupper blir lovlige mål for motstanderen å angripe også utenfor konkret selvforsvar.

Men selv med denne utvidelsen har mange folkerettsjurister reagert sterkt på hva de mener er DPH studiens forsøk på å snevre inn hvem som er lovlige mål i en væpnet konflikt. Et av de punktene de reagerer på er det kategoriske standpunktet at det ikke finnes andre statuskategorier enn sivile og stridende. En streng tolkning av artikkel 50 i TP I tilsier at enhver som ikke er stridende er sivil. Mange mener imidlertid at man da ser bort fra både gjentatte domsavsigelser og sedvane som tilsier at flere grupper må kunne betraktes som *unlawful combatants/unlawful belligerents* siden de ikke tilfredsstiller kravene til krigsfangsstatus eller kan rettsforfølges for handlingene de har begått i en IIVK.¹⁹⁴ De mener også å finne støtte til dette i andre artikler i TP I som gir et mer nyansert bilde av faktisk stridende. Her benyttes for eksempel verken begrepet stridende eller sivil, men heller "any person who has taken part in hostilities [...]"¹⁹⁵ når en snakker om beskyttelse tilgjengelig for faktisk stridende som ikke har rettigheter som krigsfange. Kenneth Watkin fremhever at en slik snever tolkning, som innebærer at alle som ikke er lovlig stridende i utgangspunktet er sivile, gir mulighet for at både enkeltpersoner som faktisk deltar i stridigheter og medlemmer av organiserte væpnede grupper urettmessig kan få beskyttelse som sivile. Han mener at "[...] such an approach has the potential to significantly erode the validity of civilian status as a means of protecting those not involved in the conflict."¹⁹⁶ Stikk i strid med

¹⁹² Ibid. s. 33-34

¹⁹³ Solis. *The law of armed conflict* (2010), s. 206

¹⁹⁴ Watkin. *Opportunity lost: Organized armed groups and the ICRC "Direct participation in hostilities" interpretive guidance*. I: *International law and politics*. Vol. 42 (2010), s. 665

¹⁹⁵ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977, art. 45(3)

¹⁹⁶ Watkin (2010) s. 666

hva som må sies å være ICRCs hensikt med retningslinjene. Det at realitetene i dagens konflikter tilsier at mange opprørsgrupper bevisst skjuler seg blant sivilbefolkningen betyr ikke at man skal opprette nye kriterier som rettferdiggjør denne operasjonsmetoden. Det vil heller øke farene for at uskyldige sivile rammes av stridshandlinger.

Et annet forhold som kritiseres er at DPH studien fortsatt legger kvalitative skiller mellom regulære styrker og organiserte væpnede grupper. Medlemskap i de regulære styrkene er regulert gjennom lov, mens medlemskap i væpnede grupper defineres gjennom funksjonen *continuous combat function*. Argumentet for en slik forskjellsbehandling er at ICRC mener at tilknytningen til en væpnet gruppe i praksis kan skje på mange forskjellige måter som ikke kan påvirke en persons status som for eksempel gjennom klantilhørighet eller ufrivillig rekruttering.¹⁹⁷ Skal regulære stridende og opprørere behandles likt må de også ha lik primærstatus som stridende. Det betyr i følge ICRC at personer i praksis må utføre stridsfunksjoner på linje med kravene til *direct participation in hostilities* for å kunne kvalifisere for medlemskap.¹⁹⁸ Rene administrative oppgaver tilfredsstiller ikke dette. Dette skaper igjen skjevheter mellom partene noe som IHRs prinsipper i utgangspunktet er mot. Mange enkeltpersoner i støttefunksjoner som logistikk og etterretning hos opprørsgrupper vil ikke være lovlige mål. De vil fortsatt være beskyttet som sivile selv om personer i de regulære styrkene som utfører de eksakt samme oppgavene kan angripes.¹⁹⁹ ICRC hevder på sin side at når både traktatretten og sedvaneretten anerkjenner midlertidig opphør av beskyttelse som resultat av direkte deltagelse i fiendtligheter, blir det helt feil at totalt opphør av beskyttelse blir resultatet av aktiviteter som ikke direkte kan relateres til stridsdeltagelse.²⁰⁰

Det må derfor kunne stilles spørsmål om en slik forskjellsbehandling bare viderefører den usikkerheten som frem til nå har preget debatten rundt rettslig status i IIVK. At opprørere opererer på høyst ulike måter, fra mer eller mindre kriminelle grupper til fullt ut uniformerte og organiserte militære avdelinger, gjør det vanskelig å skape praktisk fungerende regler. Alle opprørsbevegelser over en viss størrelse må imidlertid ha integrerte funksjoner som ivaretar logistikkstøtte. Å ikke anerkjenne slike funksjoner som lovlige mål etter IHR synes derfor uhensiktsmessig. I stedet for å forsøke å argumentere for beskyttelse av enkeltpersoner i gråsonen burde derfor kanskje ICRC ha stoppet når de som utgangspunkt sa at ”all armed actors

¹⁹⁷ Melzer. *Keeping the balance between military necessity and humanity*. I: International law and politics. Vol. 42 (2010), s. 845

¹⁹⁸ Se Melzer (2009) s. 34

¹⁹⁹ Watkin (2010) s. 675

²⁰⁰ Melzer (2010) s. 846

showing a sufficient degree of military organization and belonging to the party to the conflict must be regarded as part of the armed forces.”²⁰¹ Da hadde også DPH studien vært mer på linje med sedvanerettsstudien fra 2005 som forsøkte å unngå forskjeller mellom regulære og irregulære styrker.²⁰² Dette ville kanskje også bidra til økt beskyttelse av uskyldige sivile, selv om ulempen selvfølgelig vil være at flere enkeltpersoner vil bli lovlige mål for militære operasjoner.

DPH studien sier videre at ”a continuous combat function may be openly expressed through the carrying of uniforms”.²⁰³ Jeg kan vanskelig se hvordan uniformering kan sies å tilfredsstille kravene til *continuous combat function* selv om det indikerer tilknytning til gruppen. For stridende er det ikke slik at de blir mindre lovlige mål dersom de opptrer i sivile klær. De er uansett lovlige mål for motstanderen å angripe basert på medlemskap. At de eventuelt opptrer i sivilt gjør jo heller at de mister ytterligere rettigheter fordi de bryter IHRs regler for distinksjon. Her kommer man raskt inn på den siste store motforestillingen mange har mot en slik kategorisering, nemlig utfordringen i forhold til *revolving door*. Å basere medlemskap kun på funksjon gjør at enkeltpersoner kan gå fra å være et medlem til å bli et ikke-medlem basert på hva han eller hun til enhver tid gjør. På samme måte kan enkeltpersoner som opererer utenfor en gruppe kreve beskyttelse som sivil fra det punkt han eller hun har avsluttet sin direkte deltagelse og frem til man på nytt velger å delta. DPH studien konkluderer med at sivile kun kan angripes i løpet av hver spesifikke handling på bakgrunn av at det vil være ”impossible to determine with a sufficient degree of reliability whether civilians not currently preparing or executing a hostile act have previously done so on a persistently recurring basis and whether they have the continued intent to do so again.”²⁰⁴ Dette argumentet synes ikke spesielt relevant da det er en tilsvarende analyse av forventede fremtidige handlinger som også ligger til grunn for ICRCs definisjon av *continuous combat function*. Her hevder de at en person må sies å inneha en slik funksjon når man:

[...] has repeatedly directly participated in hostilities in support of an organized armed group in circumstances indicating that such conduct constitutes a continuous function rather than a spontaneous, sporadic, or temporary role assumed for the duration of a particular operation.²⁰⁵

²⁰¹ Melzer (2009) s. 22

²⁰² Watkin (2010) s. 671

²⁰³ Melzer (2009) s. 35

²⁰⁴ Ibid. s. 45

²⁰⁵ Ibid. s. 35

På mange måter blir spørsmålet om *revolving door* dermed et klassisk eksempel der ønsket om å utvide beskyttelsen til sivile strider mot de faktiske realitetene i mange av dagens konflikter. I forsøket på å beskytte sivile kan for strenge krav til hvem som må anses som faktisk stridende, og dermed lovlige mål for militære operasjoner, bli en trussel for den uskyldige sivilbefolkningen. Dette fordi det ikke lenger er mulig for motstanderen å skille uskyldige sivile fra faktisk stridende. I tillegg gis opprørere et fortrinn i forhold til statens egne styrker som ikke har denne muligheten til å hoppe inn og ut av beskyttet status. Spørsmålet er hvor langt en slik utvikling kan gå før soldater mister respekten for lovverket ettersom de utsettes for stadig økt risiko uten selv å kunne svare før retten til selvforsvar er et faktum. Da er det ofte for sent. Som professor Schmitt har påpekt, dersom "[...] civilians could repeatedly opt in and out of hostilities, combatants victimized by their activities will quickly lose respect for the law, thereby exposing the civilian population as a whole to greater danger."²⁰⁶

I forhold til rettsforfølgelse og hvorvidt opprørere kan straffes for sine handlinger er DPH studien stille. Den tar ikke opp dette spørsmålet og sier i sin innledning at ICRC ser på begrepet kun i forhold til utøvelse av stridigheter og dens "[...] conclusions are not intended to serve as a basis for interpreting IHL regulating the status, rights and protections of persons outside the conduct of hostilities, such as those deprived of their liberty."²⁰⁷ ICRC anerkjenner her det faktum at opprørere ikke har stridende status i en IIVK og at forhold rundt straffeforfølgelse av opprørere primært er et spørsmål for nasjonal rett såfremt kravene til humanitære minstestandarder i henhold til IHR overholdes.

²⁰⁶ Watkin (2010) s. 689

²⁰⁷ Melzer (2009) s. 11

6 Enkeltpersoners status i praksis

6.1 USA og unlawful combatants

I have also reserved the option of trial by military commission for foreign terrorists who wage war against our country. Non-citizens, non-U.S. citizens who plan and/or commit mass murder are more than criminal suspects. They are unlawful combatants who seek to destroy our country and our way of life. And if I determine that it is in the national security interest of our great land to try by military commission those who make war on America, then we will do so.²⁰⁸

”Members of the armed forces of a Party to a conflict [...] are combatants, that is to say, they have the right to participate directly in hostilities.”²⁰⁹ Den logiske følgen av dette er at retten til å delta i fiendtligheter er *ikke-eksisterende* for *ikke-stridende*. Sagt på en annen måte, personer som utfører stridshandlinger under en væpnet konflikt gjør dette ulovlig dersom de ikke har en spesifikk rett til å gjøre dette under IHR. Denne retten er tradisjonelt forbeholdt stridende.²¹⁰ Hensikten er å bedre beskyttelsen av sivilbefolkningen ved effektivt å kunne skille dem fra stridende. Yoram Dinstein har utdypet dette i sin beskrivelse av såkalte *unlawful combatants*. Der påpeker han at under internasjonal sedvanerett så mister de som ikke tilfredsstiller kravene til stridende sine rettigheter som dette. En person kan ikke bære to hatter samtidig:

A person who engages in military raids by night, while purporting to be an innocent civilian by day, is neither a civilian nor a lawful combatant. He is an unlawful combatant. He is a combatant in the sense that he can be lawfully targeted by the enemy, but he cannot claim the privileges appertaining to lawful combatancy.²¹¹

ICRC har imidlertid protestert mot en slik en kvasi-klassifisering av personer.²¹²

I amerikansk rett har begrepet *unlawful combatant* sitt utspring i den såkalte Quirin saken fra 1942, der 8 personer ble dømt til døden av et nyopprettet *military tribunal* for spionasje og brudd

²⁰⁸ President George W. Bush i tale til U.S. Attorneys Conference, Washington 29. september 2001. Dette er første gang han offentlig benytter uttrykket *unlawful combatants* om terrorister ifm krigen mot terror (brukt av visepresident Dick Cheney tidligere) og indikerer at han vil fremstille dem for en militær domstol. Tilgjengelig på http://www.dhs.gov/xnews/speeches/speech_0041.shtm, sist besøkt 14. mars 2011

²⁰⁹ Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977, art. 43(2)

²¹⁰ Newton. *Unlawful belligerency after September 11 I: New wars, new laws?* (2005), s. 76

²¹¹ Dinstein (2010) s. 36

²¹² Se pkt 5.2

på krigens folkerett.²¹³ Dommen ble enstemmig opprettholdt som lovlig av amerikansk høyesterett.²¹⁴ Quirin-dommen ble senere brukt som rettslig grunnlag for opprettelsen av såkalte *military commissions* som skulle dømme fanger på Guantanamo i krigen mot terror.²¹⁵ Det er imidlertid viktig å påpeke at både Dinstains argumentasjon for klassifiseringen av enkeltpersoner som *unlawful combatants* og Quirin-saken gjelder IVK. Manglende stridende- og krigsfangestatus gjør dette skillet egentlig ikke relevant i en IIVK.²¹⁶ USAs bruk av begrepet har derfor medført stor debatt.

Angrepene på World Trade Center og Pentagon 11. september 2001 åpnet dermed opp igjen den internasjonale diskusjonen om hvor man skulle trekke grensene mellom IHR og nasjonal strafferett. Enkelte mente faktisk at angrepene mot USA var av en slik skala at verden nå stod overfor en helt ny trussel som krevde revisjon av folkeretten. Europaparlamentet sa for eksempel at IHR må “[...] be revised to respond to the new situations created by the development of international terrorism.”²¹⁷ Dette er kanskje noe overdrevet, men terrorhandlingene 11. september og den påfølgende krigen mot terror har utvilsomt gitt IHRs uklarheter rundt enkeltpersoners rettslige status i en IIVK ny aktualitet.

6.1.1 Klassifisering av angrepene 11. september

USA vurderte etter angrepene hvorvidt handlingene til en internasjonal terroristgruppe kunne falle inn under reglene for væpnet angrep etter FN-pakten. Konklusjonen var at angrepene var så alvorlige at de tilfredsstilte kravene til selvforsvar og at man dermed kunne svare med militær makt. Som president Bush sa til kongressen en drøy uke etter hendelsen: ”We are a country awakened to danger and called to defend freedom. [...] Whether we bring our enemies to justice,

²¹³ Quirin-saken omfattet 8 personer som alle var født i Tyskland, men som hadde bodd i USA. Kun en av dem var amerikansk statsborger. Etter å ha flyttet tilbake til Tyskland før USA kom med i 2. verdenskrig ble de utdannet innen sabotasje. De ble satt i land i USA av to tyske ubåter i juni 1942 med oppdrag om å ramme amerikansk krigsindustri. Etter at de ble oppdaget av kystvakten kvittet de seg med sine tyske uniformer og flyktet i sivil. To av dem overgav seg etter kort tid til FBI. Med deres hjelp ble resten av personene arrestert i New York og Chicago. Alle åtte ble dømt til døden av militærtribunalet president Roosevelt etablerte i saken, men de to som overgav seg til FBI ble senere benådet og utlevert til Tyskland i 1948. Resten ble henrettet 8. august 1942. Personene ble omtalt som *unlawful combatants* siden de opptrådte i sivil og ikke tilkjennegav seg som regulære stridende. Dette ble ansett som brudd på krigens lover og man mente de dermed ikke hadde rett til krigsfangestatus. I stedet ble de behandlet som spioner og henrettet.

²¹⁴ U.S. Supreme Court: *Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942)

²¹⁵ Military Order of November 13, 2001—Detention, treatment, and trial of certain non-citizens in the war against terrorism I: Presidential documents, Federal register Vol. 66, No. 222. Tilgjengelig på <http://www.law.cornell.edu/background/warpower/fr1665.pdf>, sist besøkt 29. mars 2011

²¹⁶ Dinstein. *The system of status groups in international humanitarian law I: International humanitarian law facing new challenges* (2007), s. 151

²¹⁷ European Parliament Resolution B-5-0066/2002 (Feb. 7, 2002)

or bring justice to our enemies, justice will be done. [...] September 11th, enemies of freedom committed an act of war against our country”.²¹⁸ En slik vurdering ble støttet av både NATO, som for første gang utløste artikkel 5 i NATO traktaten,²¹⁹ og FN som erkjente landets rett til selvforsvar²²⁰ selv om man ikke spesifikt godkjente militæroperasjoner mot Afghanistan. USA har imidlertid ikke anerkjent krigen mot terror som en IVK ettersom dette kun omfatter “[...] all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties.”²²¹ Kun stater er part til Genevekonvensjonen og krigen mot Al-Qaeda er derfor ingen IVK selv om organisasjonen opererer internasjonalt.²²²

Samtidig hevdet Bush administrasjonen at heller ikke fellesartikkel 3 kunne gjelde siden den kun omfatter væpnet konflikt “[...] not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties” og kampen mot Al-Qaeda foregikk mot en organisasjon som opererte fra baser i mange land.²²³ Konklusjon var dermed at krigen mot terror var en global væpnet konflikt, kun regulert av internasjonal sedvanerett.²²⁴ Dette standpunktet har imidlertid høstet stor motstand. Formuleringen om territorium i fellesartikkel 3 gir mer mening som et uttrykk for å begrense dets virkeområde til å omfatte væpnede konflikter i territoriet til signaturstater til Genevekonvensjonene. Siden alle verdens stater har ratifisert konvensjonen og dermed automatisk er internasjonal sedvanerett må fellesartikkel 3 sies å være bindende i enhver IIVK.²²⁵ Dette var også konklusjonen til amerikansk høyesterett: “Common Article 3, by contrast, affords some minimal protection, falling short of full protection under the Conventions, to individuals associated with neither a signatory nor even a nonsignatory who are involved in a conflict”.²²⁶ Basert på FNs konklusjon om at angrepet 11. september tilfredsstiller selvforsvarsretten og Al-Qaedas gjentatte angrep på amerikanske interesser, muntlige trusler og krigserklæringer må derfor krigen mot terror anses som en IIVK.

Enkelte kritikere av denne oppfatningen mener at krigen mot terror kun er en krig i retorisk forstand på linje med krigen mot narkotika eller fattigdom. For dem er terrorisme utelukkende

²¹⁸ President George Bush, i tale til Joint Session of Congress, Sept. 20, 2001. Tilgjengelig på <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>, sist besøkt 1.3.2011

²¹⁹ Vedtatt på møte i North Atlantic Council 12.9.2001. Se uttalelse fra NATO Secretary General Lord Robertson 13.9.2001. Tilgjengelig på <http://www.nato.int/docu/speech/2001/s011002a.htm>, sist besøkt 1.3.2011

²²⁰ UN Security Council Resolution 1368 (2001)

²²¹ GK fellesart. 2

²²² Wippman. *Introduction: Do new wars call for new laws?* I: New wars, new laws? (2005), s. 16

²²³ The White House Memorandum, Human treatment of Taliban and al Qaeda detainees, February 7, 2002, art. 2

²²⁴ Wippman (2005) s. 16

²²⁵ Dworkin. *Military necessity and due process: The place of human rights in the war on terror* I: New wars, new laws? (2005), s. 60

²²⁶ Supreme Court of the United States: No. 05-184, Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et. al., 29. June 2006

kriminell virksomhet og skal bekjempes gjennom myndighetsutøvelse. Krigen mot terror burde derfor dekkes av normal straffelov og menneskerettighetene. De mener derfor at Bush-administrasjonen bevisst utnyttet grensetilfellet og i egeninteresse valgte de argumenter som passet, og overså de som ikke passet, fra både krigs- og myndighetsutøvelsesparadigmet.²²⁷

For å komplisere bildet ytterligere har det samtidig pågått flere IVK som del av krigen mot terror. Både invasjonen i Afghanistan fra 7. oktober 2001 og frem til Karzai-regimet ble innsatt den 7. desember 2004 og invasjonen av Irak frem til 1. mai 2003 da president Bush erklærte *mission accomplished*,²²⁸ faller inn i denne kategorien. Dette gjør klassifiseringen av personell utfordrende, da mange ulike bestemmelser kommer til anvendelse på ulike personer og i ulike situasjoner.

6.1.2 Personers rettslige status

Terrorangrepene 11. september 2001 ødela for alltid den naive oppfatningen om det finnes en klar og konsis grense som i en stridssone skiller mellom uskyldige sivile og stridende som lovlig kan angripes og bli drept. Spørsmålet ble derfor med ett relevant, ikke bare som juridisk problem, men også som en utfordring for dagens militære operasjoner. Al-Qaeda som privat aktør erklærer stater krig og utøver vold som klart overskrider kravene til en væpnet konflikt. Samtidig fornekter de sivils rettigheter og hevder de ikke er bundet av IHR.

USA anerkjenner at krigen mot terror ikke er en IVK.²²⁹ Ved å bruke begrepet *unlawful combatant* tok de allikevel utgangspunkt i regelverket for denne typen konflikter. Al-Qaeda medlemmer har imidlertid aldri vært stridende som del av statens regulære styrker og kan vanskelig anses som irregulære styrker etter Genevekonvensjonene ettersom de ikke hadde noen formell tilknytning til verken Talibanregimet eller Saddam Hussein.²³⁰ De må i stedet betraktes som deltagere i den IIVK som pågår mellom USA og Al-Qaeda. Dermed finnes det automatisk

²²⁷ Wippman (2005) s. 4

²²⁸ Solis (2010) s. 218

²²⁹ Som nevnt tidligere har det imidlertid foregått to IVK som del av krigen mot terror. Medlemmer av Taliban tatt før 7. desember 2004 er av de fleste å anse som del av statens regulære styrker og har dermed status som stridende. Hvorvidt de tilfredstilte kravene til krigsfangestatus i forhold til distinksjon fra sivilbefolkningen kan diskuteres, men de hadde utvilsomt krav på krigsfangestatus inntil det forelå en individuell rettsavgjørelse om det motsatte. En slik rettsbehandling har fangene ikke fått da Bush gav blankofullmakt i forhold til at det ikke finnes tvil om fangenes status. Argumentet om at det ikke var en IVK basert på oppfatningen om at Afghanistan var å anse som en *failed state* er det få som støtter. (Se Memorandum for William J. Haynes II, General Council, Department of Defense; From: John Yoo, Deputy Assistant Attorney General; Subject: Application of treaties and laws to al Qaeda and Taliban Detainees (9 Jan 2002). Tilgjengelig på http://www.lawofwar.org/Yoo_Delahunty_Memo.htm, sist besøkt 1.4.2011)

²³⁰ Se Geneva convention relative to the protection of civilian persons in time of war - August 12, 1949, art. 4(2)

heller ingen rett til krigsfangestatus, og man trenger ikke foreta en rettslig behandling av dette spørsmålet overfor disse fangene. Tilfangetatte Al-Qaeda medlemmer som direkte deltok i fiendtlighetene er imidlertid å anse som beskyttede personer ettersom de er *hors de combat*.²³¹ Minstegarantiene i fellesartikkel 3 gjelder derfor uansett. Dette gjelder både i forhold til human behandling, men kanskje like viktig i forhold til fangenes krav til rettssikkerhet, "[...] all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples."²³²

De som mener krigen mot terror ikke faller inn under IHR mener naturlig nok at heller ikke personers rettslige status kan forankres i dette rettsområdet. For dem er slike personer utelukkende kriminelle og må straffeforfølges som dette. Et slikt argument gjør imidlertid sikkerhetsinternering uten dom ulovlig. Man kan ikke holde kriminelle fengslet uten lov og dom på ubestemt tid slik USA har gjort med fangene på Guantanamo. Domstolene i USA har også selv argumentert på denne måten i enkelte saker. I saken mot den såkalte skobomberen Richard Reid uttalte retten at: "You are not an enemy combatant. You are a terrorist. You are not a soldier in any war. To give you that reference, to call you a soldier gives you far too much stature. [...] So war talk is way out of line in this court. [...] You are a terrorist. A species of criminal guilty of multiple attempted murders."²³³

Som det fremgår over er det stor uenighet om hvordan enkeltpersoner i dagens konflikter skal behandles. Er de stridende, deltagende sivile eller bare kriminelle aktører? Det spesielle i denne situasjonen er imidlertid at det synes som om det er mer uenighet om rettsområder enn om personers rettigheter etter IHR. Det er den ulogiske bruken av argumenter som USA gjør seg skyldig i som etterlater debatt. Reglene for en IVK kan ikke uten videre overføres til en IIVK. På samme måte kan heller ikke reglene for væpnet konflikt direkte overføres på sivile rettsområder eller omvendt.

6.1.3 Rettigheter og plikter

Bush administrasjonens anerkjennelse av at krigen mot terror er en væpnet konflikt medfører at fangene har rettigheter og plikter etter IHR. De kan imidlertid på grunn av manglende rettigheter til å delta i fiendtligheter både interneres og/eller straffeforfølges for blant annet forræderi, drap

²³¹ Se GK fellesartikkel 3(1)

²³² GK fellesartikkel 3(1)(d)

²³³ United States District Court Judge William Young i sin domsavsigelse mot den såkalte *skobomberen* Richard Reid. Han erkjente seg skyldig i og ble dømt til livsvarig fengsel for å ha forsøkt å ødelegge et sivilt passasjerfly på vei til USA med en bombe gjemt i skosålen. Tilgjengelig på <http://www.lawstudentforum.co.uk/english-legal-systems/8554-sentencing-speech-united-states-america-v-richard-reid.html>, sist besøkt 2.3.2011

og kidnapping etter nasjonal rett selv om disse handlingene ikke kvalifiserer for krigsforbrytelser etter IHR. Dette medfører selvfølgelig at både IHR og nasjonal rett nødvendigvis må anvendes parallelt. Spørsmålet blir i hvilken grad de kan blandes sammen eller om man må vurdere når en kan benytte det ene rettsområdet og når en kan benytte det andre.

Selv om disse personene ikke har rett til å delta i fiendtlighetene er det uklart om USA mener at også selvforsvar utøvd av opprørsgrupper vil kunne kvalifisere til drapsanklage. Et slikt ståsted vil i så fall baseres på en oppfatning om at amerikanske soldater har monopol på maktanvendelse ettersom de er nasjonens væpnede styrker. En slik idé vil imidlertid bygge på et feil premiss om hvordan IHR fungerer. IHR bygger på prinsippet om likebehandling av partene selv om personer kvalifiserer til ulike rettigheter basert på tilhørighet og handlinger. Tanken om at medlemmer av statens væpnede styrker skal kunne angripe opprørere over hele verden, mens de selv ikke har rett til å benytte væpnet makt ikke engang i selvforsvar, strider mot dette prinsippets intensjon. Det viser på en god måte den forvirring som oppstår når en blander to ulike og inkompatible rettsområder.²³⁴

På samme måte vil opprørere være lovlige mål for statens væpnede styrker så lenge de deltar direkte i fiendtlighetene. Utfordringen er å vite hvem som er opprørere når de blander seg med sivilbefolkningen og benytter selvmordsbombere og improviserte sprengladninger som våpen. Ytterligere utfordringer får en når en møter en global aktør som Al-Qaeda som opererer i mange ulike land og dermed også ofte under flere ulike rettslige regimer. I Afghanistan fikk organisasjonen operere under beskyttelse av landets styre. Her valgte USA å invadere landet for å ramme Al-Qaeda og fjerne det sittende regime. Da vil Al-Qaeda medlemmer som kjemper ved siden av Taliban kunne angripes uten videre analyse basert på IHRs prinsipp om militær nødvendighet.²³⁵ I andre områder som i Jemen eller i de selvstyrte stammeområdene i Pakistan har de skaffet seg et fotfeste fordi sentralregjeringen ikke har vært i stand til å kontrollere territoriet effektivt. Her må eventuelle militære operasjoner mot Al-Qaeda foregå enten med statenes godkjenning eller i det minste med stilltiende samtykke. Slike militære operasjoner i nærmest lovløse områder vil da ikke sees som suverenitetskrenkelser, men hva enkelte har kalt *extra-territorial self-help operations*.²³⁶ Mange mener imidlertid at slike angrep må karakteriseres som summariske henrettelser ettersom for eksempel Jemen ikke er part i en væpnet konflikt med

²³⁴ Dworkin (2005) s. 62. Se over pkt. 6.1.2

²³⁵ Ibid. s. 63

²³⁶ Ibid. s. 64

USA og at det derfor er de internasjonale menneskerettighetene og prinsippene i sivil straffelov som kommer til anvendelse.²³⁷ USA på sin side mener at en slik fremgangsmåte ikke er reell ettersom manglende mulighet for rettshåndhevelse nettopp er det Jemen mangler. Når krigen mot terror er en væpnet konflikt så vil et krav om at slike personer skal arresteres og straffeforfølges etter sivile lover være å benytte feil rettsområde.

Den store utfordringen kommer i det de tas til fange av motstanderen. Hvilke rettigheter har disse enkeltpersonene ettersom de ikke har rett til krigsfangestatus? Hvordan skal de for eksempel behandles og hvor lenge kan de sitte innesperret? Bush administrasjonen valgte å definere opprørere eller terrorister som ble tatt i forvaring av USA, og som ikke umiddelbart ble rettsforfulgt for kriminelle handlinger under nasjonal lovgivning, som ulovlig stridende kun beskyttet av internasjonal sedvanerett. Etter Hamdan saken fremholdt de imidlertid at de ville behandle alle ulovlig stridende “[...] humanely and, to the extent appropriate and consistent with military necessity, in a manner consistent with the principles of the Third Geneva Convention of 1949.”²³⁸ Dette ble støttet av forsvarsminister Rumsfeld da han annonserte at ICRC ville få inspisere forholdene for fangene på Guantanamo selv om de ikke var krigsfanger.²³⁹

Formuleringen om militær nødvendighet er her interessant. Her åpnes for avhør av fanger utover de begrensningene som legges på utspørring av krigsfanger. ”No physical or mental torture, nor any other form of coercion, may be inflicted on prisoners of war to secure from them information of any kind. Prisoners of war who refuse to answer may not be threatened, insulted, or exposed to any unpleasant or disadvantageous treatment of any kind.”²⁴⁰ Faktisk argumenteres det for at prinsippet om militær nødvendighet rettferdiggjør tøffe avhørsmetoder som, hvis de ikke er tortur, i hvert fall grenser opp mot det som må kunne defineres som det. Jeg kan vanskelig se at det finnes rettslig hold for et slikt argument. En ting er prinsippene i tredje Genevekonvensjon, men minstestandarden i fellesartikkel 3 om human behandling er nettopp en minstestandard, og kan ikke fravikes selv om man finner det formålstjenelig av andre grunner.

Dette standpunktet er også tidligere inntatt av USA i forhold til sedvanerett. ”It is the *opinio juris* of the US that persons detained in connection with an internal armed conflict are entitled to humane treatment as specified in Articles 4, 5 and 6 AP II.”²⁴¹ Verken USA eller andre kan gå

²³⁷ Wippman (2005) s. 20

²³⁸ Newton (2005) s. 85. Jeg har ikke klart å finne dokumentasjon på at denne uttalelser fra Bush-administrasjonen er dementert av president Barack Obama til tross for at han klart å tydelig gav uttrykk for at han ville legge ned fangeleiren på Guantanamo og gi fangene en rettsbehandling i amerikanske domstoler hvis han ble president.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Geneva convention relative to the treatment of prisoners of war - August 12, 1949, art. 17

²⁴¹ ICRC. *Customary international humanitarian law - Volume II - Practice part 2* (2005), art. 65

utover disse minimumsrettighetene uansett hva den enkelte person måtte ha foretatt seg forut for tilfangetakelsen.

Jeg vil i denne oppgaven ikke gå inn på den spesifikke behandlingen fangene på Guantanamo har fått og vurdere hvorvidt denne er i henhold til prinsippene i tredje Genevekonvensjon eller sedvanerett. Påstandene om både inhuman behandling, tøffe avhørsmetoder og ikke minst nedverdiggende forhold tyder imidlertid på at det her har foregått systematiske brudd på bestemmelsene i IHR over lang tid, selv om forholdene nå skal være bedret noe. Dokumenterte eksempler fra andre fengsler som Abu Ghraib i Irak støtter dette, og det er liten tvil om at fangebehandlingen har skadet USAs omdømme som rettsstat internasjonalt.

Et annet spørsmål er hvor lenge disse personene kan holdes internert. Som krigsfange kan man etter bestemmelsene i IHR holdes internert inntil slutten på den bestemte væpnede konflikten. ”Prisoners of war shall be released and repatriated without delay after the cessation of active hostilities.”²⁴² Deretter skal man returneres til hjemlandet. Personer som ikke har krigsfangestatus må likeledes returneres til hjemlandet dersom man ikke er dømt for noe straffbart forhold. Det synes derfor klart at medlemmer av Taliban må overlates til Afghanistan nå som den IVK ikke lenger pågår mellom USA og Afghanistan. Alternativt må det være andre sikkerhetsgrunner som gjør videre internering nødvendig. De fleste fangene på Guantanamo er imidlertid tatt i en IIVK og vil dermed uansett ikke ha rett til krigsfangestatus. Når disse allikevel ble karakterisert som ulovlig stridende kan det virke som om USA benyttet regelverket for en IVK som et argument for også å kunne internere disse så lenge den væpnede konflikten pågår uten ordinær rettslig behandling. Dette fordi IHR som *lex specialis* går foran annen folkerett under væpnet konflikt. Et slikt argument er feil da hele poenget med krigsfangeskap kun er å holde personene borte fra fremtidige stridshandlinger. Målet med fangene på Guantanamo er på den annen side å straffeforfølge dem for deres handlinger.

Men også i forhold til rettsbehandling har fellesartikkel 3 lagt ned krav om minstestandarder når den anerkjenner enhver persons rett til ”[...] judicial guarantees which are recognized as indispensable [...]”.²⁴³ Ingen av disse grunnleggende rettighetene til rettsbehandling ble ivaretatt da USA valgte å kollektivt klassifisere fangene som *unlawful combatants* og sikkerhetsinternere dem på ubestemt tid uten rettigheter i det amerikanske rettssystemet. Da amerikansk Høyesterett i Hamdan-saken konkluderte med at fellesartikkel 3 gjaldt, sa de samtidig at de opprettede *military commissions* ikke tilfredstilte dens krav til ”[...] judgment pronounced by a regularly

²⁴² Geneva convention relative to the treatment of prisoners of war - August 12, 1949, art. 118

constituted court.”.²⁴⁴ Resultatet ble Military Commissions Act hvor Kongressen formelt opprettet slike militærdomstoler for å behandle disse fangenes saker.²⁴⁵ Også denne domstolens legitimitet har vært meget omdiskutert og Barack Obama lovte i valgkampen å stenge fangeleiren innen et år dersom han ble president. Dette skulle skje gjennom ordinære rettssaker i amerikanske domstoler samt gjennom utlevering av fanger til andre nasjoner som sa seg villig til å straffeforfølge dem. Obama-administrasjonen sluttet samtidig å bruke begrepet *unlawful combatants* og omtaler nå heller fangene som *unprivileged belligerents*. I praksis en retur til Haagkonvensjones betegnelser på en parts soldater som mangler rettigheter som stridende. På den måten skulle tilliten til amerikansk etterlevelse av både IHR og menneskerettighetene gjenopprettes. Realitetene har nå imidlertid også innhentet president Obama. Senest i april i år måtte USA avlyse rettsaken mot Khalid Sheikh Mohammed, den antatte hjernen bak angrepene 11. september, og fire andre Guantanamo-fanger fordi Kongressen ikke vil godkjenne finansieringen av en slik rettssak i New York. De vil nå trolig allikevel dømmes av en militær domstol.²⁴⁶ Diskusjonen om fangenes rettslige status og behandling er derfor ikke ennå avklart. Fortsatt sitter 172 terrormistenkte fanger på Guantanamo uten at man har funnet en løsning på problemet.²⁴⁷

6.2 Delkonklusjon

USAs behandling av fangene på Guantanamo må på bakgrunn av dette kunne sies å være en oppskrift i brudd på enkeltpersoners rettigheter. Fanger er hentet fra ulike land og fraktet til fangeleiren på Cuba under fellesbetegnelsen *unlawful combatants*. En omdiskutert status de fikk uavhengig av hvilket rettslig regime de ble anholdt under og uten individuell behandling av påstanden reist mot den enkelte. Samtidig ble det hevdet at ingen konvensjoner gjaldt for disse fangene basert på høyst tvilsomme tolkninger av konvensjonstekstene som ikke kan sies å oppfylle Wienkonvensjonens krav om at avtaler skal tolkes ”[...] in good faith og in the light of its object and purpose.”²⁴⁸ Hamdan-saken endret denne oppfatningen, men det kan uansett stilles store spørsmål ved om behandlingen fangene har fått tilfredsstillende kravene til human behandling. I tillegg opprettet USA omdiskuterte militære domstoler som skulle avgjøre sakene utenfor det

²⁴³ Se pkt. 3.2

²⁴⁴ Supreme Court of the United States: No. 05-184, *Hamdan v. Rumsfeld*, Secretary of Defense, et. al., art. D iii

²⁴⁵ Military commissions act of 2006, U.S. 109th Congress 2d session, S. 3930

²⁴⁶ VG 5. april 2011. Tilgjengelig på <http://www.vg.no/nyheter/utenriks/terrorisme/artikkel.php?artid=10083793>, sist besøkt 5. april 2011

²⁴⁷ Ibid.

²⁴⁸ Se Vienna convention on the law of treaties - May 23, 1969, art. 31(1)

ordinære amerikanske rettsvesenet. Alle disse forholdene er blitt kritisert av både amerikansk høyesterett og det internasjonale samfunn.

Den kanskje mest tvilsomme og systematiske praksis i forhold til amerikanernes behandling av Guantanamofangene er allikevel varigheten av internering uten reell prøving av fangenes saker for en uavhengig domstol. Selv i dag, nærmere 10 år etter opprettelsen av fangeleiren, og med en ny administrasjon som lovet å stenge leiren i 2009, sitter det fanger i leiren uten dom på ubestemt tid. Uansett hvordan man argumenterer i forhold til fangenes status eller rettigheter i forhold til behandling så er denne tidsubegrensede innesperringen brudd på ethvert juridisk prinsipp for rettferdig straffeprosess. Bush administrasjonens forsøk på å etablere et nytt legalt regime basert på snevre egeninteresser i krigen mot terror er i stedet blitt en juridisk hengemyr uten klare løsninger.

7 Konklusjoner og anbefalinger

De senere årene har vi sett en utvikling der IHR i større og større grad også omfatter IIVK. Dette har skjedd delvis ved å inkludere denne typen av konflikter i nye konvensjoner som etableres, men også ved å overføre regler for IVK til IIVK gjennom internasjonal sedvanerett og opprettelsen av flere midlertidige domstoler og den permanente internasjonale straffedomstolen. Enkeltpersoners rettslige status er imidlertid fortsatt uavklart, og vil av politiske årsaker trolig også være det i uoverskuelig fremtid fordi spørsmålet vil kunne bidra til å undergrave statenes suverenitet og maktmonopol.

Oppgaven har derfor ikke forsøkt å komme med løsninger på hvordan personer skal klassifiseres i denne typen konflikter, men sett på hva konvensjoner, sedvanerett og andre juridiske kilder sier om spørsmålet. For selv uten klare definisjoner og manglende formelt lovverk er ikke spørsmålet om rettslig status et lovløst område. Spørsmålene om eventuell rett til å delta i fiendtligheter, hvorvidt man er et lovlig mål for motstanderen å angripe og hvilke rettigheter man har ved en tilfangetakelse har stått sentralt.

Selv uten formell stridende status er det klart at statenes egne styrker de facto kan anses som stridende med hensyn til retten til å delta i fiendtligheter. De handler på statens ordre og straffeforfølges ikke for sine lovlige krigshandlinger. Opprørere har derimot ingen rett til å delta i fiendtligheter. Om de allikevel deltar, bryter de imidlertid ingen regel i IHR, selv om de mest sannsynlig bryter nasjonal lovgivning. Hvilken side man står på i konflikten vil derfor ofte avgjøre hvorvidt man ser på slike personer som lovlige deltagere eller ikke. IHR som skal holde et skarpt skille mellom jus ad bellum og jus in bello kan derfor ikke bedømme personer ut fra denne retten til deltagelse.

Stridende er etter IHR lovlige mål for motstanderen å angripe. Det er også andre deltagere selv om grensene for slik deltagelse er høyst omdiskutert. Siden et av grunnprinsippene i IHR er likebehandling av partene synes det derfor feil å argumentere for at statens egne styrker ikke er lovlige mål fordi motstanderen ikke har stridende status, og dermed ingen rett til å delta i fiendtlighetene. Dette argumentet tar utgangspunkt i nasjonal rett og ikke IHR. Opprørere kan utsettes for dødelig makt basert på det faktum at en opererer i en væpnet konflikt og at IHR derfor kommer til anvendelse. Det samme burde også omfatte statenes egne styrker slik for eksempel FN aksepterer når de sier at deres styrker er å anse som stridende når de opererer under et kapittel VII mandat. En anerkjennelse av at angrep på statens styrker ikke er brudd på IHR hindrer selvfølgelig ikke at opprørere kan straffeforfølges for sine handlinger etter nasjonal rett.

Hvorvidt statens soldater dermed er lovlige mål eller ikke blir et spørsmål om rettslig utgangspunkt, men å holde rettsområdene adskilt gir etter min mening en mer ryddig argumentasjon da utgangspunktet for begge sider er det samme lovverket. Det gir samtidig stater et insentiv til å straffeforfølge opprørere og deres ledere nasjonalt, noe som kan bidra til en vellykket forsoningsprosess. San Remo manualen for ikke-internasjonale væpnede konflikter tar utgangspunkt i en slik likebehandling og fungerer slik jeg ser det som en god praktisk manual for deltagerne i en IIVK, selv om heller ikke denne løser alle utfordringer i forhold til spørsmålet om hvilke personer som faktisk deltar i fiendtlighetene.

Når det gjelder spørsmålet om rettigheter ved tilfangetakelse er det klart at krigsfangestatus er utelukket i en IIVK ettersom det ville gitt opprørere straffeimmunitet for krigshandlinger såfremt de handlet i henhold til IHR. Fellesartikkel 3 og internasjonalt etablert sedvane om humanitær behandling av fanger sikrer allikevel et nødvendig minimum av beskyttelse mot overgrep og forsvarlig rettsbehandling. Eksempler som Abu Ghraib og Guantanamo er helt klare brudd på IHR uavhengig av fangenes status. Man kan alltid diskutere hvor omfattende regelverket bør være, men det synes som om internasjonal sedvanerett er i ferd med å etablere en tilfredsstillende rettslig plattform for hva som er akseptabel behandling av fanger. Utfordringen er heller å få stater og opprørsbevegelser til å overholde dagens regler ettersom interne konflikter ofte medfører flere og mer alvorlige overgrep mot fanger enn internasjonale konflikter.

Amerikanernes forsøk på å etablere en ny statuskategori av *unlawful combatants* nærmest uten rettigheter i en IIVK har i praksis vist seg å bli et juridisk mareritt. Å holde personer fanget på ubestemt tid uten dom strider mot ethvert juridisk prinsipp og viser de problemer som oppstår når man tar elementer fra ulike rettsområder og blander dem sammen uten å se på helheten. I dag har man innsett at disse fangene må bringes inn for en domstol og dømmes for sine handlinger basert på at de er deltagere i en væpnet konflikt uten stridende status eller er *unprivileged belligerents* som er begrepet flere og flere nå benytter om faktisk stridende i IIVK. Et begrep som på mange måter likebehandler alle deltagere i en konflikt med tanke på retten til deltagelse og hvem som er lovlige mål, men som ikke anerkjenner opprørere immunitet mot nasjonal straffeforfølgelse. På mange måter en pragmatisk tilnærming som tjener IHR som et praktisk verktøy i væpnet konflikt, samtidig som det overlater spørsmål om straffeansvar til nasjonal lovgivning.

Inntil man internasjonalt velger å konkret behandle spørsmålet rundt *unprivileged belligerency*, og etablerer et mer omfattende regelverk for hvilke rettigheter personer uten klassisk stridende status har, er det vanskelig å se for seg hvordan mange av dagens spørsmål rundt enkeltpersoners

status skal løses. Problemet, som har plaget IHR siden rettsområdet ble etablert, vil derfor fortsatt utfordre domstoler, jurister, akademikere og ikke minst deltagerne i væpnede konflikter. Jeg mener allikevel at moderne IHR stort sett er velegnet til å ivareta de moderne asymmetriske konfliktene vi ser i dag. Vi må ikke gå i den fellen å tilpasse IHR til enhver ny type konflikt, men heller fokusere på å ikke fravike IHRs grunnleggende prinsipper om distinksjon og human behandling i krig. Så får rettsbehandling i større grad overlates til det sivile rettsapparatet. Det er i moderne ikke-internasjonale væpnede konflikter at slike grunnleggende prinsipper er som viktigst, nettopp fordi det da er vanskeligere å implementere dem enn i en konvensjonell internasjonal konflikt mellom to regulære styrker.

Bibliografi

Litteratur

- Boe, Erik. *Innføring i juss - juridisk tenkning og rettskildelære*. Oslo: Tano Aschehoug, 1996.
- Buflod, Magnus, Sannes, Knut Anders og Aasebø, Kristoffer (red.). *Folkerettslig tekstsamling 1883-2007*. Oslo: Cappelen Damm AS, 2008.
- Dinstein, Yoram. *The system of status groups in international humanitarian law*. I: International humanitarian law facing new challenges. Wolff Heintschel; Epping von Heinegg, Volker (red.). Heidelberg: Springer, 2007.
- Dinstein, Yoram. *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*. 2. utg. Cambridge: Cambridge university press, 2010.
- Dworkin, Anthony. *Military necessity and due process: The place of human rights in the war on terror*. I: New wars, new laws? David; Evangelista Wippman, Matthew (red.). New York: Transnational publishers, 2005. Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 4. utg. Oslo: Tano Aschehoug, 1997.
- Fleck, Dieter. *The handbook of international humanitarian law*. 2. utg. New york: Oxford University Press, 2008.
- Garraway, Charles H.B. *"Combatants" - substance or semantics?* I: International law and armed conflict: Exploring the Faultlines. Michael Schmitt og Jelena Pejic (red.). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- ICRC. *Study on customary international humanitarian law*, 2005.
- ICRC. *Customary international humanitarian law - Volume II - Practice part 2*. Cambridge: Cambridge university press, 2005.
- ICRC. *Customary International Humanitarian Law - Volume I - Rules*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Malanczuk, Peter. *Akehurst's modern introduction to international law*. 7. utg. London: Routledge, 1997.
- Melzer, Nils. *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*. Geneva: ICRC, 2009.
- Melzer, Nils. *Keeping the balance between military necessity and humanity*. I: International law and politics. Vol. 42 (2010).
- Newton, Michael. *Unlawful belligerency after September 11*. I: New wars, new laws? David; Evangelista Wippman, Matthew (red.). New York: Transnational publishers, 2005.
- Nystuen, Gro. *Achieving peace or protecting human rights?* Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2005.

- Sassòli, Marco. *Ius ad Bellum and Ius in Bello*. I: International law and armed conflict: Exploring the faultlines. Michael Schmitt og Jelena Pejic (red.). Leiden: Martinuss Nijhoff publishers, 2007.
- Schmitt, Michael N., Garraway, Charles H. B. og Dinstein, Yoram. *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict* (2006). Tilgjengelig på: <http://www.dur.ac.uk/resources/law/NIACManualIYBHR15th.pdf>.
- Schmitt, Michael N. *Deconstructing direct participation in hostilities*. I: International law and politics. Vol. 42 (2010).
- Solis, Gary D. *The law of armed conflict*. New York: Cambridge university press, 2010.
- Watkin, Kenneth. *Humans in the cross-hairs: Targeting and assassination in contemporary armed conflict*. I: New wars, new laws? David Wippman og Matthew Evangelista (red.). New York: Transnational publishers, 2005.
- Watkin, Kenneth. *21st Century conflict and International Humanitarian Law*. I: International law and armed conflict: Exploring the faultlines. Michael N. Schmitt og Jelena Pejic (red.). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- Watkin, Kenneth. *Opportunity lost: Organized armed groups and the ICRC "Direct participation in hostilities" interpretive guidance*. I: International law and politics. Vol. 42 (2010).
- Wippman, David. *Introduction: Do new wars call for new laws?* I: New wars, new laws? David Wippman og Matthew Evangelista (red.). New York: Transnational publishers, 2005. Østerud, Øyvind. *Hva er krig*. Oslo: Universitetsforlaget, 2009.

Aviser og internettkilder

- Barth Eide, Espen. *Om "krig" og folkerett*. I: Klassekampen 15. juli 2010.
- BBC. (2010, 16. desember). *Mexico's drug war: Number of dead passes 30,000*. London: BBC. Lokalisert 25. mars 2011: <http://www.bbc.co.uk/news/world-latin-america-12012425>.
- Bush, George W. (2001, 20. september). *Address to a joint session of Congress and the American people*. Washington: The White House. Lokalisert 1. mars 2011: <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>.
- Bush, George W. (2001, 29. september). *President says U.S. attorneys on front line in war*. Washington: U.S. Department of Homeland Security. Lokalisert 14. mars 2011: http://www.dhs.gov/xnews/speeches/speech_0041.shtm.
- Gahr Støre, Jonas. (2011, 20. mars). *Norge er ikke i krig*. Oslo: Aftenposten. Lokalisert 25. mars 2011: <http://www.aftenposten.no/nyheter/uriks/article4066430.ece>.
- ICRC. (2011, 5. mai). *State parties to the following International Humanitarian Law and other related treaties as of May-5-2011*. Geneve: ICRC. Lokalisert 18. mai 2011: [http://www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf).

ICRC. *Customary IHL* (database). Geneve: ICRC. Lokalisert 14. april 2011:
<http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>.

ICRC. *International Humanitarian Law - Treaties & documents & their commentaries* (database). Geneve: ICRC. Lokalisert 14. april 2011:
<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebList?ReadForm&id=470&t=com>.

Ingebretsen, Roger. (2010, 31. oktober). *Norske styrker følger opp fanger*. Oslo: Forsvarsdepartementet. Lokalisert 25. mars 2011:
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fd/aktuelt/nyheter/2010/norske-styrker-folger-opp-fanger.html?id=622322>.

NTB. (2011, 5. april). *9/11-mistenkte for retten på Guantanamo-basen*. Oslo: VG. Lokalisert 5. april 2011: <http://www.vg.no/nyheter/utenriks/terrorisme/artikkel.php?artid=10083793>.

Nystuen, Gro og Hellestveit, Cecilie. *Folkerett og Afghanistan*. I: Klassekampen 8. juli 2010.

Nystuen, Gro og Hellestveit, Cecilie. *Krig og folkerett*. I: Klassekampen 22. juli 2010.

Robertson, George. (2001, 13. september). *Statement by NATO Secretary General, Lord Robertson*. Brussel: NATO. Lokalisert 1. mars 2011:
<http://www.nato.int/docu/speech/2001/s011002a.htm>.

Yoo, John. (2002, 9. januar). *Memorandum for William J. Haynes II, General Council, Department of Defense; From: John Yoo, Deputy Assistant Attorney General; Subject: Application of treaties and laws to al Qaeda and Taliban Detainees*. Washington: U.S. Department of Justice. Lokalisert 1. april 2011:
http://www.lawofwar.org/Yoo_Delahunt_Memo.htm.

Lover, traktater og annet regelverk

Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10.

Charter of the United Nations - June 26, 1945.

Convention on the privileges and immunities of the United Nations - 13. feb 1946.

Convention on the safety of United Nations and associated personnel - 9. des 1994.

Convention respecting the laws and customs of war on land - October 18, 1907.

European Parliament Resolution B-5-0066/2002 (Feb. 7, 2002).

General Orders 100, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (The Lieber Code) - April 24, 1863.

Geneva convention for the amelioration of the condition of wounded, sick and shipwrecked members of armed forces at sea - August 12, 1949.

Geneva convention relative to the protection of civilian persons in time of war - August 12, 1949.

Geneva convention relative to the treatment of prisoners of war - August 12, 1949.

Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field - August 12, 1949.

Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814.

Letter of transmittal, Agora: The U.S. Decision not to ratify Protocol I to the Geneva Convention on the protection of war victims.

Military commissions act of 2006, U.S. 109th Congress 2d session, S. 3930

Military Order of November 13, 2001—Detention, treatment, and trial of certain non-citizens in the war against terrorism I: Presidential documents, Federal register Vol. 66, No. 222.

Observance by United Nations forces of international humanitarian law, ST/SGB/1999/13.

Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of Non-international Armed Conflicts (Protocol II) - June 8, 1977.

Protocol additional to the Geneva conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I) - June 8, 1977.

St. Petersburg declaration renouncing the use, in time of war, of explosive projectiles under 400 grammes weight.

Statute of the International Court of Justice - June 26, 1945.

Statute of the International Criminal Court - July 17, 1998.

The White House Memorandum, Human treatment of Taliban and al Qaeda detainees, February 7, 2002.

UN General Assembly Resolution 2676 (XXV). Respect for human rights in armed conflicts.

UN Security Council Resolution 1368 (2001).

UN Security Council Resolution 1970 (2011).

UN Security Council Resolution 1973 (2011).

Vienna convention on the law of treaties - May 23, 1969.

Rettsavgjørelser

International Court of Justice (ICJ): Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States), 27. June 1986.

International Court of Justice (ICJ): Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 8. July 1996.

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of former Yugoslavia since 1991 (ICTY): Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule", Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction (Case No. IT-94-1), 2. October 1995.

Supreme Court of the United States: Ex Parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942), 31. July 1942.

Supreme Court of the United States: No. 05-184, Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et. al., 29. June 2006.

The European Court of Human Rights: Application no. 78166/01 by Ruzhdi Saramati against France, Germany and Norway, 2. May 2007.